Welche Teile eines Rechtsgeschäfts unterliegen dem Formenzwang?

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

Richard Hoff
Referendar

Breslau 1928

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und ſtaatswiſſenſchaftlichen Fakultät
der Univerſität Breslau

Berichterſtatter: Profeſſor Dr. Schott

Meinen Eltern zur Silberhochzeit!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Nach dem Tode des ersten Herausgebers Achilles in Verbindung mit André, O. Meyer, Strecker, v. Unzner, herausgegeben von Greiff. 12. Aufl., Berlin und Leipzig 1927.

Asch, Adolf: Der Grundstückskauf. 2. Aufl. Berlin 1926.

Brückner: Inwieweit sind nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich neben schriftlichen oder neben gerichtlich oder notariell beurkundeten Verträgen mündliche Vor- und Nebenberedungen von Wirksamkeit? In: Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, 4. Jahrgang, S. 342. Hannover 1900.

Buck, Ludwig: Bedarf die nachträgliche Vereinbarung einer Herabsetzung des Mietzinses, wenn sie auf länger als ein Jahr gelten soll, der Schriftform des § 566 des bürgerlichen Gesetzbuchs? In: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot, 48. Jahrgang, S. 723. Berlin 1904.

Busch, Schaffeld, Ebbecke, Erler, Kiehl, Lobe, Mansfeld, Michaelis, Oegg, Schliewen und Seyffarth: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. I. Bd. (§§ 104—432 von Kiehl.) 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1923. Die soeben erschienene 6. Aufl. konnte nicht mehr benutzt werden. In ihr sind die §§ 104—240 von Oegg, 241—432 von Michaelis bearbeitet; die Erläuterungen zum Formenrecht sind von dem bisherigen Bearbeiter Kiehl ohne wesentliche Aenderungen übernommen worden.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 7. Aufl., Jena 1922.

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Tübingen und Leipzig 1900.

Crome, Carl: Ueber den Begriff der zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache (§ 459 Abs. 2 B.G.B.). In: Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, 6. Jahrgang, S. 333. Hannover und Leipzig 1902.

Crome, Carl: Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege. In: Archiv für die Civilistische Praxis, 115. Bd., S. 1. Tübingen 1917. Einschlagend S. 48.

Danz (Erich): Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage. 3. Aufl., Jena 1911.
Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, I. Bd. Halle a. S. 1902.
Dorst, Franz: Die notarielle Beurkundung. Berlin 1920.
Ebbecke: Formvorschriften. In: Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Jahrgang 1911, Sp. 633.
Eck, Ernst: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. 1. u. 2. Aufl., Berlin 1903.
Endemann, Friedrich: Vom juristischen Willen zur Gerechtigkeit. Akademische Rede. Heidelberg 1917.
Enneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Abt.: Einleitung, Allgemeiner Teil von Enneccerus. 25. bis 29. Aufl., Marburg 1926.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. (Berlin und) Leipzig 1880 ff.
Frei, Leopold: Zur Lehre von der gesetzlichen und gewillkürten Form der Rechtsgeschäfte. Erlanger Dissertation, München 1906.
Friedrichs, Karl: Vertragsrecht. Berlin 1927.
Goldmann und Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl., Berlin 1903.
Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 3./4. Aufl. Leipzig und Erlangen 1924.
Hachenburg, Max: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896/97. 2. Aufl. Mannheim 1900.
Heeniger: Zum Problem der Formgültigkeit. In: Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 9. Jahrgang, S. 333. Halle a. S. 1909.
Juristische Wochenschrift. Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein. Berlin, später Leipzig, 1872 ff.
Kiehl: Formerfordernis betreffs der mit einem Grundstücksveräußerungsvertrage verbundenen Nebenverträge. In: Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, 27. Jahrgang, S. 90. Berlin 1923. Kiehl siehe auch Busch usw.
Kohler, Josef: Bürgerliches Recht. In: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Begründet von Franz von Holtzendorff, herausgegeben von Josef Kohler. II. Bd., München, Leipzig und Berlin 1914, 7. (Neubearbeitung: 2.) Auflage.
Kohler, Josef: Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte. In: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft usw. (siehe oben), I. Bd.,

7., der Neubearbeitung 2. Auflage, München, Leipzig und Berlin 1915.
Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd.: Allgemeiner Teil. Berlin 1906.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Begründet von Düringer, Jaeger und Koenige. München, Berlin und Leipzig 1907 ff.
Leonhard, Franz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. In: Archiv für die civilistische Praxis, 120. Bd., S. 14. Tübingen 1922.
Leonhard, Rudolf: Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. 1. Teil: Vertragsbestandteil und Irrtum. 22. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts. 2. Aufl., Breslau 1907.
Lobe, Adolf: Die Form der Rechtsgeschäfte nebst einem Verzeichnis der formbedürftigen Rechtsgeschäfte. Zu jedermanns Unterrichtung dargestellt. Leipzig 1901.
Manigk, Alfred: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. 5. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Rudolf Leonhard, Breslau 1901.
Manigk, Alfred: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Ein System der juristischen Handlungen. Berlin 1907.
Manigk, Alfred: Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Neukamp, Ernst: Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 3./4. Aufl., Berlin 1907.
Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. I. Bd. 6. Aufl., Berlin 1912.
Oertmann, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.
Oertmann, Paul: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl., Berlin 1906.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Herausgegeben von Strohal. I. Bd.: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913.
Regelsberger, Ferdinand: Die Vorverhandlungen bei Verträgen. (Civilrechtliche Erörterungen, 1. Heft.) Weimar 1866.
Reichel, Hans: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB.) In: Archiv für die Civilistische Praxis, 104. Bd., S. 1. Tübingen 1909.

Rotmann, Otto Fr.: Die Form der Rechtsgeschäfte im bürgerlichen Recht. Dissertation, Marburg 1903.

Siegel, Julius: Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde. In: Archiv für die Civilistische Praxis, 111. Bd., Tübingen 1914.

Soergel, Hs.Th.: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. I. Bd., §§ 116—185 von Keßler. 3. Aufl. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1926.

Stammler, Rudolf: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. III. Bd., bearbeitet von Heinrich Koenige. 12./13. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. I. Bd. Allgemeiner Teil. Erläutert von Theodor Loewenfeld und Erwin Riezler. 9. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1925.

Stein, Erich: Die Bedeutung mündlicher Abreden neben schriftlich geschlossenen Verträgen. Heidelberger Dissertation. Berlin 1912.

Titze, Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.

Tränkner: Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. In: Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, 7. Bd. Leipzig 1897.

v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Hälfte. (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von Karl Binding, X. Abteilung, 1. Teil, II. Bd.) München und Leipzig 1914.

Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Bd. Tübingen 1923.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Herausgegeben von Otto Warneyer und Robert Jähler. Leipzig 1908 ff.

Zitelmann, Ernst: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

I.

Mit Recht wird gegenwärtig bittere Klage über das gewaltige Anschwellen der Gesetzgebung in Deutschland geführt. Dieses ist freilich nur eine Folge der allgemeinen Entwicklung, welche die Lebensbetätigung der Menschen in der Zeit seit dem Kriege genommen hat. Ständig entwickeln sich — besonders durch das rapide Fortschreiten der Technik — neue Lebensgebiete, die der gesetzgeberischen Regelung oder Fürsorge bedürfen. Aber das Uebermaß von Gesetzen hat, mag selbst jedes von ihnen auf seinem Sondergebiete mehr oder minder segensreich wirken, doch im ganzen eine schädliche Rechtsunsicherheit hervorgerufen. Dem Staatsbürger ist es nicht mehr im entferntesten möglich, sich auch nur ein ungefähres Bild von dem im Deutschen Reiche geltenden Recht zu machen, und der Berufs-Rechtsbeflissene muß auf eine Beherrschung des gesamten Rechtsstoffs verzichten und hat selbst Mühe, seinem Gedächtnis wenigstens alle Quellen, durch die er zu dem Recht gelangt, einzuprägen. Abneigung der Laien gegenüber den Rechtskundigen, besonders den Richtern, und schließlich überhaupt staatsfremde Einstellung vieler Staatsbürger wird dadurch gezüchtet oder genährt; stellen sich doch ohnehin schon weite Kreise selbst der Gebildeten den Staat als ein über dem Volksganzen stehendes Etwas vor, das die Gesetze lediglich darum erläßt, um die seiner Gewalt Unterworfenen zu drangsalieren.

Plurimae leges, pessima civitas!

Eine Parallelerscheinung zu diesem Uebel in der Gesetzgebung besteht leider auf dem Gebiete der Gesetzanwendung in der vielfach herrschenden *kasuistischen Rechtsfindung*. Auch hier tritt der allgemeine Gesichtspunkt, der rechtliche Grundsatz hinter zusammenhanglos aufgestellten Einzelsätzen zurück. Das systematische Lehrbuch ist von vielen in die Ecke verbannt; sobald es gilt, einen Fall zu entscheiden, hebt ein eifriges Suchen nach Sätzen an, die maßgebende Gerichte bei der Entscheidung ähnlicher Fälle geprägt haben; die Kommentare bieten hierzu verlockend die Hand, oft nicht zum Segen der Rechtsfindung, denn nicht jeder Kommentator versteht Kasuistik und Rechtslehre in das richtige Verhältnis zueinander zu bringen. Mit der Anwendung der kasuistischen Methode glaubt man zwar der Rechtssicherheit zu dienen, indem man sich Sprüche über-

geordneter Gerichte und besonders des höchsten Gerichtshofes des Reichs zu eigen macht. Sie bewirkt aber tatsächlich nicht bloß eine Verflachung des Rechtslebens, sondern geradezu eine Gefahr für die richtige Urteilsfindung. Soweit dem Reichsgericht nicht eine grundsätzliche Frage der Auslegung des geltenden objektiven Rechts zur maßgeblichen Entscheidung vorliegt, beschränkt sich dieser Gerichtshof mit Recht wie jeder andere streng auf den gegebenen Fall und läßt in der Urteilsbegründung alle Gedankengänge fort, die möglicherweise geeignet wären, den aufgestellten Sätzen eine allgemeinere Gültigkeit zu verschaffen, die aber für die Begründung des Einzelfalls nicht vonnöten sind. Falsch handelt daher der Richter und auch schon der Kommentator, wenn er Sätze, zu denen das Reichsgericht in irgendeinem derartigen Einzelfalle gelangt ist, als absolute Wahrheit hinnimmt. Was zwischen A und B Recht ist, kann in einem äußerlich sonst ganz gleichen Falle zwischen C und D Unrecht sein. Eine richtige Entscheidung kann nur dann gefunden werden, wenn von den Grundsätzen des Gesetzes und ihren inneren Zusammenhängen ausgegangen und aus ihnen *konstruktiv* unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des praktischen Lebens das Ergebnis der Gesetzesanwendung auf den Tatbestand abgeleitet wird.

Auf dem Gebiete des Formenrechts ist eine besonders umfangreiche Kasuistik vorhanden. Wegen ausführlicher Angaben der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung sei auf die Erläuterungswerke des Bürgerlichen Gesetzbuchs von *Soergel*, *Warneyer* und den Kommentar von *Reichsgerichtsräten*, sowie auf den des Handelsgesetzbuchs von *Staub* verwiesen.[1] In der vorliegenden Arbeit soll unter bewußter Abkehr von der kasuistischen Methode versucht werden, die Frage nach dem Umfange des Formenzwangs konstruktiv zu lösen.

Ein *unmittelbarer Zwang*, eine vorgeschriebene Form bei der Errichtung eines Rechtsgeschäfts anzuwenden, in dem Sinne, daß der zur Wahrung der Form Verpflichtete durch staatliche Gewalt dazu angehalten wird, die zur Erfüllung der Form notwendigen Handlungen auszuführen, findet nicht statt. Ein unmittelbarer Formenzwang ist aber bisweilen, doch nicht häufig, dadurch gegeben, daß die Nichtbeachtung der Form unter *Strafe* gestellt ist (vgl. § 150 GewO.: Lehrvertrag; §§ 8, 43, 44 RGes. über das Auswanderungswesen vom 9. VI. 1897). Sonst ist der Formen-

1) Soergel, BGB. I, § 125, S. 108 ff.; § 313, II, S. 477 ff.; Warneyer, Komm. I, § 125, S. 198 ff.; RGRKomm., I, § 125 (Kiehl), S. 182 ff.; Staubs Komm., III, § 350, S. 229 ff.

zwang nur mittelbar: das Gesetz entzieht dem formlos vorgenommenen Rechtsgeschäft die beabsichtigte Wirkung, und zwar entweder ganz oder zu einem Teil, oder es geht darüber noch hinaus und knüpft sogar an das formlose Rechtsgeschäft willkürlich eine andere als die gewollte Rechtsfolge. Der Regelfall ist der der gänzlichen Nichtwirkung, also der Nichtigkeit des formlosen Rechtsgeschäfts. Für teilweise Nichtwirkung bieten Beispiele die Formvorschriften für den gewerblichen und kaufmännischen Lehrvertrag: gewisse Ansprüche aus diesen Verträgen können nur geltend gemacht werden, wenn die Schriftform gewahrt ist (§§ 126 b, 127 d, 127 f GewO.; § 79 HGB.). Fehlwirkung[2] tritt ein, wenn ein Miet- oder Pachtvertrag über ein Grundstück auf länger als ein Jahr nur mündlich abgeschlossen worden ist: Der Vertrag „gilt" als auf unbestimmte Zeit geschlossen; jede Partei erhält von Gesetzes wegen ein Kündigungsrecht, erstmalig auf den Schluß des ersten Jahres (§§ 566, 581 II BGB.). Der Ausdruck Formenzwang hat also seine Berechtigung auch insoweit, als nur eine negative Einwirkung auf den, für welchen das Formgebot besteht, stattfindet. Es liegt freilich in diesen Fällen im freien Belieben des Handelnden, ob er die Form wahren will oder nicht; aber von der zweiten Möglichkeit kann er doch nur dann Gebrauch machen, wenn er der Vertragstreue seines Partners so sehr vertraut, daß er darauf verzichten zu können glaubt, daß die beabsichtigten Wirkungen von der Rechtsordnung anerkannt werden und ihm zu ihrer Durchführung staatliche Gewalt zur Verfügung gestellt wird. Will er dagegen die Rechtswirksamkeit des erstrebten Erfolges hervorrufen, so muß er sich der vorgeschriebenen Form bedienen. Selbst durch gegenseitige Uebereinkunft der künftigen Parteien eines kraft Gesetzes formbedürftigen Vertrages kann die Formvorschrift nicht außer Kraft gesetzt werden.

Formzwang liegt nicht vor, wo die besondere Form nur durch eine Ordnungsvorschrift verlangt wird (vgl. § 1318 Abs. I BGB.); ebensowenig da, wo für den Fall des Verstoßes gegen das Formgebot nur die Ausführung des an sich gültigen Vertrages aus öffentlich-rechtlichen Gründen verboten ist, wie es in der im Kriege in Geltung gewesenen Webwaren-Verordnung der Fall war.[3] Für die Anwendung der Regeln des Formenrechts ist auch da kein Raum, wo einem Rechtsinstitut an sich eine bestimmte Form wesentlich ist,

---

2) Der Ausdruck stammt von Reichel. S. „Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte", ArchZivPrax. 104, S. 64.

3) § 7 II der Bundesratsverordnung v. 10. Juni 1916 über die Regelung des Verkehrs mit Web-, Wirk- und Strickwaren. Vgl. dazu RG. 96, 95.

wie der Schuldverschreibung auf den Inhaber die Schriftlichkeit, der Auslobung die öffentliche Bekanntmachung.[4]

Zur Untersuchung stehen nur Rechtsgeschäfte des *Privatrechts*. Daß der Begriff des Rechtsgeschäfts überhaupt über das bürgerliche Recht hinausreiche, wird verschiedentlich geleugnet, so u. a. von *Manigk* und *Cosack*.[5] *Hatschek* spricht andererseits auch von Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts.[6] Jedenfalls gelten für diese aber nicht die Normen für die privatrechtlichen Rechtsgeschäfte. Insbesondere wird der öffentlich-rechtliche Zweck der Formvorschriften für die publizistischen Rechtsgeschäfte dem Formenzwang auf diesem Gebiete eine möglichst ausdehnende Tendenz geben, er wird überhaupt dort — anders als bei den privatrechtlichen Rechtsgeschäften — für alle Zweifelsfragen ausschlaggebend sein. Schon wegen dieser Verschiedenheit ist die Beschränkung der vorliegenden Abhandlung auf das Privatrecht gerechtfertigt. Nicht zu verwechseln mit den Rechtsgeschäften des öffentlichen Rechts sind die „amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen", von *Zitelmann* so benannt,[7] das sind solche (nur einseitige) privatrechtliche Rechtsgeschäfte, die einer Behörde gegenüber vorzunehmen sind.

II.

A.

Es soll zunächst nur das Rechtsgeschäft in seinem *ursprünglichen* Bestande auf die Formbedürftigkeit hin geprüft werden. Nachträgliche Abänderungen, Zusätze und Aufhebungen werden später besonders behandelt werden.

Zu Anfang ist klarzustellen, was unter „*Teilen" eines Rechtsgeschäfts* zu verstehen ist, wenn es sich um die Bestimmung des Umfangs des Formenzwangs handelt. Der Vertrag — so liest man — setzt sich zusammen aus Antrag und Annahme. Diese beiden Momente sind also — wenigstens nach dem allgemeinen Sprachgebrauch — die Teile, von denen der eine dem anderen hinzugefügt werden muß, damit das so entstehende Ganze ein Vertrag werde. In der Frage nach dem Umfange des Formenzwanges sind jedoch diese „Teile" nicht gemeint. Antrag und Annahme sind

4) Abweichend sieht *Zitelmann*, Allgemeiner Teil, S. 105, die Oeffentlichkeit der Auslobung nicht als Begriffsmerkmal, sondern als Formerfordernis an.
5) Manigk, Anwendungsgebiet, § 2, S. 19, ausführlich; Cosack, Lehrbuch, I, § 51, I, 1, S. 151 (5. Aufl.).
6) Hatschek, Verwaltungsrecht, S. 7, S. 56.
7) Zitelmann, Allgemeiner Teil, S. 93.

zwar für den Vertrag „genetisch wesentlich“,[8] ihr Ziel ist aber gerade, durch die Vollendung des Vertrages unterzugehen. Sie sind Bestandteile des Vertrags*abschlusses*,[9] vom Standpunkte des aus ihnen entstandenen Vertrages besehen aber genauer nicht als Teile, sondern als *Elemente*[10] des Rechtsgeschäfts zu bezeichnen. Der Formenzwang dagegen bezieht sich auf das *gewordene* Rechtsgeschäft. Die formbedürftigen Teile können deshalb nur Teile des *Geschäftsinhalts* sein, der mit dem Augenblick seiner Vollendung von den ihn erzeugenden „Elementen“ losgelöst wird. Es sind sogar nicht einmal bei *jedem* Vertrage die seinen Inhalt ausmachenden Willenserklärungen als Antrag und Annahme unterscheidbar (s. z. B. § 1317 BGB.)[11] Es ist daher unrichtig, wenn *Staub* sagt: „Alle Vereinbarungen, aus denen sich der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag zusammensetzt, also der Antrag und dessen Annahme, . . . stehen unter dem Formenzwange des § 313 BGB. . .“[12] Die Vertragselemente sind nicht das Gebiet, auf das sich der Formenzwang seinem eigenen Wesen nach bezieht. Wenn der Vertragsantrag der Form des angebotenen Vertrages bedarf, so folgt das aus dem Begriff des Antrages, nach dem zur Vollendung des Vertrages nur noch die Annahme notwendig ist (§§ 150 Abs. II, 151 BGB.) Andererseits würde es regelmäßig nicht einmal genügen, wenn Antrag und Annahme in die für den Vertrag vorgeschriebene Form gebracht würden, weil hierdurch nur „der geschichtliche Gang des Geschäfts“, nicht aber „das gewordene Geschäft, das Ergebnis von Antrag und Annahme“[13] in die gehörige Form gebracht würde. (Ausnahmen: §§ 127^2, 128 BGB.)

Lediglich vorläufige Ruhepunkte in der Entstehungsgeschichte eines Rechtsgeschäfts sind die *Punktationen*. Sie sind einstweilige Aufzeichnungen einzelner Punkte eines in der Entstehung begriffenen Vertrages; solche können jedoch in der verschiedensten Weise erfolgen, und die Begrenzung des Begriffs der Punktation wird im Schrifttum nicht einheitlich vorgenommen.[14] Im allgemeinen

8) *Hoeniger*, Formgültigkeit, DNotZ. 1909, S. 336.
9) So *Regelsberger*, Vorverhandlungen, § 9, S. 49.
10) *Regelsberger* a. a. O. § 11, S. 60.
11) Hierauf weist *Zitelmann*, Allg. Teil, S. 114, hin.
12) Staub, HGB., Anm. 26 zu § 53, S. 253.
13) *Kohler*, Lehrbuch, I. Bd., § 236, III, 3 (S. 528).
14) Vgl. *Planck's* Kommentar, I. Bd., Erl. 4 c zu § 125. *Goldmann-Lilienthal*, BGB., I. Bd., § 41, VI, S. 169. *Staudinger's* Kommentar, I. Bd., Erl. I, 5 b zu § 125, S. 522, und Einleitung zum III. Abschn. 3. Titel, 7 b, S. 608. *Warneyer*, Kommentar, I. Bd., Erl. V zu § 125, S. 202 u. Vorbem. III vor § 145, S. 265. *Cosack*, Lehrbuch, I. Bd., § 90, I, 2 c, S. 213. *Brückner*, Vor- und Nebenberedungen, Recht 1900, S. 343 r. (I, 3) u. S. 344 r. (II, 1). *Friedrichs*, Karl, Vertragsrecht, § 5, S. 15. *Ausführlich*: *Regelsberger*, Vorverhandlungen, III, §§ 26—28, S. 134 ff.; *Motive* zum BGB., Bd. I, § 91, S. 182.

versteht man unter Punktation die schriftliche Festlegung derjenigen Punkte im Laufe der Vertragsunterhandlungen, über die sich jeweils Einigkeit unter den Parteien ergeben hat; ferner auch die schriftliche Feststellung der wesentlichsten Vertragspunkte, wenn die Einigung über Nebenpunkte noch vorbehalten ist; und schließlich die vorläufig schriftliche Niederlegung eines inhaltlich vollständigen Vertrags, der zu seiner Wirksamkeit nur noch der Anwendung einer bestimmten durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form bedarf. Nach § 154 Abs. I BGB. ist ein Vertrag — auch wenn eine Aufzeichnung einzelner Punkte stattgefunden hat — im Zweifel so lange nicht geschlossen, als sich nicht die Parteien über alle Punkte, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, geeinigt haben. Als Einigung im Sinne dieser Vorschrift kommt, wenn für den Vertrag eine Form durch Gesetz vorgeschrieben ist, nur die formrichtige Einigung in Betracht. Zweifel über die Bedeutung einer formlosen Punktation zu einem kraft Gesetzes formbedürftigen Vertrage können nur dann auftauchen, wenn die in der Punktation niedergelegten Abreden bindend sein sollten, was nach § 154 BGB. möglich ist, da das Gegenteil nur für den Fall gilt, daß ein abweichender Wille der Parteien nicht entgegensteht. Enthalten in einem solchen Falle die Abreden in der Punktation die ganze endgültige materielle Uebereinkunft, so greift keine andere Behandlung als die vollendeter Rechtsgeschäfte Platz. Der Einfluß der Formlosigkeit auf die Wirksamkeit der Punktation richtet sich nach den für das gewordene Rechtsgeschäft zu entwickelnden Regeln. Insbesondere ist aus der formlosen Punktation ein Anspruch auf Erfüllung der Form nicht gegeben. — Enthalten die Abreden in der Punktation nur einen Teil der endgültigen Uebereinkunft, insbesondere etwa die wesentlichsten Punkte, so besteht die Notwendigkeit, das Rechtsgeschäft demnächst nach seiner Ergänzung in die gehörige Form zu bringen. Macht aus einer solchen Punktation eine Partei einen Anspruch auf Ergänzung und Formalisierung des ganzen Vertrages geltend, so nimmt sie damit die Punktation als Vorvertrag in Anspruch; ob sie durchdringt, richtet sich nach den Regeln über die Formbedürftigkeit der Vorverträge (s. unten), und auch hier entsteht keine Besonderheit dadurch, daß die vorläufige Einigung nicht bloß mündlich erfolgt, sondern schriftlich niedergelegt ist. Wird später die Punktation nicht zu dem geplanten Vertrage ergänzt, so ist für die Beantwortung der Frage, ob wenigstens die in der Punktation enthaltenen Punkte, weil als bindend gewollt, gültig seien, die Punkta-

tion als ein endgültiges Rechtsgeschäft zu betrachten und nach der für dieses womöglich geltenden Formvorschrift zu behandeln. — Ist für den beabsichtigten Vertrag eine Form *durch Rechtsgeschäft* vorgeschrieben, so richtet sich die Wirksamkeit einer formlosen Punktation nach dem den Formzwang begründenden Rechtsgeschäft, dessen Sinn durch Auslegung zu ermitteln ist. Haben die Parteien des künftigen Vertrags selbst die Form vereinbart, so hängt die Wirksamkeit der Punktation ganz von ihrem Willen ab. Im Zweifel ist nach § 154 Abs. II BGB. der Vertrag nicht geschlossen — also auch eine Punktation nicht bindend —, solange nicht die Beurkundung erfolgt ist.

Der *gewordene rechtsgeschäftliche Tatbestand* setzt sich häufig aus Bestandteilen von verschiedener rechtlicher Natur zusammen, deren jeder eine condicio sine qua non für den *Eintritt* der mit dem Geschäfte bezweckten Rechtswirkungen ist. Eine Ausnahme bilden hier nur diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen schon die bloße Willensbetätigung den Rechtserfolg herbeiführt; das sind die Willensgeschäfte. Schon bei der einseitigen Willenserklärung muß ein weiterer Bestandteil hinzukommen, von dem abhängig ist, ob das Rechtsgeschäft wirksam ist: das Zugehen oder der Empfang der Erklärung, das ist die Ueberführung der Erklärung in den Wahrnehmungsbereich des Erklärungsgegners.[15] Bei manchen Verträgen, z. B. dem dinglichen des § 929[1] BGB., den Realkontrakten des Schuldrechts, der Abtretung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung (§ 1154 BGB.), ist die Uebergabe einer Sache für den Eintritt der mit dem Rechtsgeschäft bezweckten Wirkung wesentlich. Nur einer von all diesen Faktoren ist jedoch für die *Gestaltung* der Rechtswirkungen maßgeblich, nämlich der auf die Rechtsfolge gerichtete *Wille*. Er bildet den Kern jedes Rechtsgeschäfts.[16] Freilich muß er, um Wirkungen außerhalb der Gedankenwelt seines Trägers hervorrufen zu können, *geäußert* werden. Die Aeußerung braucht nicht stets eine Erklärung zu sein; eine solche setzt eine Beziehung zu einer weiteren Person voraus, in deren Wahrnehmungsbereich der das Geschäft Tätigende die Aeußerung seines Willens überführen muß, mag dabei im Einzelfalle der Empfänger bestimmt oder unbestimmt sein;[17] es gibt auch Willensbetätigungen, die die gewollten Rechtswirkungen hervorrufen, ohne

15) Vgl. *Manigk*, Willenserklärung und Willensgeschäft, § 64, S. 341.
16) Vgl. *Regelsberger*, Vorverhandlungen, § 1, S. 2. *Warneyer*, Kommentar, I vor § 104, S. 147. *Manigk*, Irrtum und Auslegung, S. 195; WE. und WG., passim, insbesondere § 91.
17) Vgl. *Manigk*, WE. u. WG., § 64, S. 242.

daß sie zu einer anderen Person in Beziehung gesetzt werden. Aber diese, beiläufig schon erwähnten, Willensgeschäfte, die von Manigk so benannt und auf ihr Wesen untersucht worden sind,[18] können nicht Gegenstand von Formvorschriften sein. Gewiß muß auch bei den Willensgeschäften das körperliche Verhalten, welches dadurch, daß sich der Erfolgswille in ihm vollendet, die gewollte Rechtswirkung hervorruft, irgendeine Form haben, ist aber — etwa durch Rechtsgeschäft — eine bestimmte Form für dieses Verhalten vorgeschrieben, so handelt es sich hierbei nicht wie bei den Formen der Erklärungsgeschäfte um ein zu der materiellen Vollendung des Geschäfts hinzutretendes Erfordernis, sondern die „Form“ ist nichts anderes als eine Bezeichnung desjenigen äußeren Verhaltens, in welchem das Willensgeschäft überhaupt erst seine materielle Vollendung findet. Den Formvorschriften sind daher nur Erklärungsgeschäfte unterworfen. Der erklärte Rechtsfolgewille ist also derjenige Faktor im Gesamttatbestande des formbedürftigen Rechtsgeschäfts, der allein die Rechtswirkungen zu bestimmen imstande ist; die übrigen Bestandteile des Rechtsgeschäfts sind nur Umstände, von deren Eintritt das Wirksamwerden des erklärten Willens abhängig gemacht ist, sind Erfolgsbedingungen der Rechtsfolgewillens-Erklärung; zutreffend nennt Zitelmann[19] den „Empfang“ der Erklärung „eine zu der Willenserklärung hinzukommende objektive Wirksamkeitsvoraussetzung“. Ausschließlich die Willenserklärung gibt dem Rechtsgeschäft seinen Inhalt. Nur sie kommt deshalb als Gegenstand des Formenzwanges in Betracht.[20]

Das einseitige Rechtsgeschäft enthält nur eine Willenserklärung, das mehrseitige setzt sich aus den mehreren Willenserklärungen der Geschäftsparteien zusammen. In diesem Falle bilden — sofern für das ganze Geschäft und nicht bloß für die Erklärung der einen oder der anderen Partei eine Form vorgeschrieben ist (vgl.

18) Anwendungsgebiet; WE. und WG., § 86 ff.
19) Zitelmann, Allgem. Teil, S. 93.
20) Vgl. Enneccerus, Lehrbuch, I, 1, S. 381, Fußnote 1. („Genau genommen beziehen sich übrigens die Formvorschriften nicht auf den Gesamttatbestand des Rechtsgeschäfts, sondern nur auf die in diesem enthaltenen Willenserklärungen . . .“); Goldmann-Lilienthal, BGB, I, § 41, III B, 3, S. 163 („Die Formvorschrift bezieht sich . . . nur auf die Erklärungen der Beteiligten. Alles, was zur Wirksamkeit der Erklärungen etwa sonst noch erforderlich ist, z. B. das Zugehen der empfangsbedürftigen Willenserklärung, bedarf der Beurkundung nicht“); Planck's Kommentar Erl. 1 b zu § 125 (Form nur für Abgabe der Erklärung, nicht auch für ihr Zugehen vorgeschrieben). Manigk weist den Unterschied im Wesen zwischen einer Willenserklärung und einem corpus nach, das zu der Willenserklärung hinzutritt und mit ihr zusammen erst den Tatbestand des Rechtsgeschäfts ausmacht (Anwendungsgebiet, S. 190 ff.); das corpus braucht nicht einmal eine Handlung zu sein. „Nur auf die Willenserklärung beziehen sich die Normen des zweiten Titels BGB.“ (S. 197).

§ 313 u. § 766 BGB. im Gegensatze zu einander!) — sämtliche Willenserklärungen den Gegenstand des Formenzwanges. Zu behaupten, das *außerdem* auch der sogenannte Konsens formbedürftig sei, wäre ein logischer Fehler; denn der Konsens ist eine *Eigenschaft* der beiderseitigen Willensrichtungen und damit *Gegenstand* der Erklärungen selbst.

Die Willenserklärungen im Tatbestande des Rechtsgeschäfts sind im einzelnen Falle mehr oder weniger umfangreich. Da ihr Wesen sich durch den erklärten Rechtsfolgewillen bestimmt, nach dem geltenden Grundsatze der Vertragsfreiheit aber alle erdenkbaren Rechtsfolgen, die nicht gegen das Gesetz verstoßen, beliebig zu einander angeordnet und als Ziel eines rechtsgeschäftlichen Willens erklärt werden können, läßt sich der Umfang der Willenserklärungen entsprechend den einzelnen als gewollt erklärten Rechtsfolgen in Teile zerlegen. Diese Bestandteile erweisen sich als untereinander durchaus verschieden. So lassen sich z. B. vom Standpunkte des objektiven Rechts aus, das dem erklärten Rechtsfolgewillen die Wirksamkeit verleiht, diejenigen Teile, die notwendig von den Parteien geschaffen werden müssen, um ein Rechtsgeschäft als einen bestimmten Geschäftstypus zu kennzeichnen, von denen sondern, die nicht notwendig geschaffen zu werden brauchen, da die mit ihnen bezweckten Rechtsfolgen kraft des Gesetzes selbst eintreten, wenn die erstgenannten Teile vorhanden sind (Essentialien und Naturalien des Rechtsgeschäfts). Gleichfalls kann man diejenigen Erklärungen, die den Tatbestand eines gesetzlichen Vertragstypus schaffen, von denjenigen scheiden, die über dessen Umfang hinausgehende, aber mit ihm in rechtlichen Zusammenhang stehende Geschäftspunkte hinzufügen, wie Bedingungen oder Befristungen. Und von einem subjektiven Standpunkte aus läßt sich nach denjenigen Rechtsfolgen, deren Nichteintritt wegen irgendwelcher Mängel nach dem Willen der Parteien den Bestand des übrigen Rechtsgeschäfts nicht beeinträchtigen soll, weil sie ihnen nebensächlich sind, im Gegensatze zu denen unterscheiden, deren Eintritt ihnen bei dem ganzen Rechtsgeschäft wesentlich ist. Die Wesentlichkeit dieser Erklärungsbestandteile vom Standpunkte der Formbedürftigkeit der Rechtsgeschäfte aus zu prüfen, festzustellen, *welche Teile der Willenserklärungen im Tatbestande eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts dem Formenzwange unterliegen*, ist die Aufgabe der folgenden Untersuchung.

A. In den *gesetzlichen* Formvorschriften ist in der Regel „das Rechtsgeschäft" als solches als Gegenstand des Formenzwanges

bezeichnet. Ist das Gleiche bei einer *rechtsgeschäftlichen* Formvorschrift der Fall, so ist durch Auslegung der Formvereinbarung festzustellen, wie weit sich nach dem Willen der Parteien das Formbedürfnis erstrecken sollte; hierbei werden aber die im folgenden für den Fall *gesetzlichen* Formenzwanges für „das Rechtsgeschäft“ schlechthin aufzustellenden Regeln als Richtlinien dienen können, und es wird *im Zweifel* dasselbe[21] gelten. Durch gesetzliche Formvorschriften weniger häufig angeordnet ist bei zweiseitigen Rechtsgeschäften eine Form für die Erklärung nur *einer* Vertragspartei; die Fälle dieser Art sollen einer Behandlung an späterer Stelle vorbehalten bleiben.

Die Frage, welche Erklärungsteile vom Formenzwange umfaßt werden, wenn das Rechtsgeschäft schlechthin als formbedürftig bezeichnet ist, wird, abgesehen von den einschlägigen Einzeldarstellungen, in allen größeren Lehrbüchern und Kommentaren des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsrechts erörtert. Oft finden sich auch allgemeine Regeln über den Umfang des Formenzwanges bei der Behandlung jener einzelnen Formvorschrift aufgestellt, mit der sich ein besonders umfangreiches Schrifttum befaßt, nämlich der des § 313 BGB. Ausnahmslos wird nun eine gewisse *allumfassende Tendenz* des Formenzwanges anerkannt. Aber im Hinblick darauf, wie weit sich diese auswirkt, sind im Schrifttum zwei Gruppen deutlich voneinander zu unterscheiden: die einen sagen, daß alle *wesentlichen* Teile der formbedürftigen Erklärung beurkundet werden müßten, damit der Formvorschrift Genüge getan werde.[22] Oft wird diese Ansicht auch so gefaßt, daß zwar zunächst der *ganze* Erklärungsinhalt als formbedürftig bezeichnet, nachträglich aber das Moment der Wesentlichkeit bei der Behandlung der Folgen des Vorhandenseins formloser Abreden berichtigend eingefügt wird. So etwa *Riehl*: „Feststeht, daß die gesamten Abreden eines Grundstücksveräußerungsvertrages gemäß § 313 BGB. formbedürftig sind, und daß die Formlosigkeit auch nur einer einzigen (wesentlichen) Abrede grundsätzlich die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge hat.“[23] Die anderen dagegen halten für richtig, daß überhaupt *alle* Erklärungsteile, die als Bestandteile des Rechts-

---

21) Vgl. *Cosack*, Lehrbuch, I. Bd., § 84, III, 1 (S. 199 a. E.).

22) *Planck's* Kommentar, Erl. 4 zu § 125; *Enneccerus*, Lehrbuch, I, 1, § 146, I, 1 (S. 383); *Kohler*, Lehrbuch, I, § 236, 1 (S. 526); *Achilles-Greiff*, Kommentar, Anm. 2 zu § 125 (S. 47); *Warneyer*, Kommentar, Erl. III, Abs. 1 a. E. zu § 125 (S. 200); *Staub's* Kommentar zum HGB., Anm. 26 zu § 350 (S. 253).

23) *Riehl*, Grundstücksveräußerungsvertrag, im Recht 1923, Sp. 90. Aehnlich *derselbe* im RGRK. Erl. 6 zu § 125 (S. 184), und *Oertmann*, Kommentar, Erl. 3 zu § 313 (S. 139).

geschäfts gewollt sind, dem Formenzwange unterliegen.[24] Dorst hebt ausdrücklich den Gegensatz zu der ersten Gruppe hervor: „Der Vertrag des § 313 muß alle Bedingungen und Bestimmungen enthalten. Es ist gleichgültig, ob die Abrede einen wesentlichen oder einen an sich nicht wesentlichen Bestandteil des Vertrags betrifft, wofern nur feststeht, daß sie nach dem Willen der Parteien, wie er zur Zeit des förmlichen Vertragsabschlusses bestand, einen Teil des Vertrags ausmachen sollte.“[25] Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Die Anhänger der erstgenannten Theorie verkennen übrigens meistens nicht, daß das ausschlaggebende Moment für die Formbedürftigkeit eines Erklärungsteils subjektiv ist; aber sie folgern die Formbedürftigkeit des Bestandteils daraus, daß er von der Partei für wesentlich erachtet wurde,[26] nicht — wie es richtig ist — daraus, daß er von der Partei überhaupt als Teil des Geschäfts gewollt war. Es läßt sich auch nicht einmal sagen, daß die Theorie, die es auf die „Wesentlichkeit“ abstellt, schwächere Anforderungen erhebe. Ihr Fehler liegt lediglich darin, daß zu Unrecht hinsichtlich des Formbedürfnisses eine Unterscheidbarkeit wesentlicher und unwesentlicher Erklärungsteile für möglich gehalten wird.[27] In der Tat wird sich nämlich zeigen, daß jede Aeußerung, die Teil des Rechtsgeschäfts sein soll, eben für den Formenzwang wesentlich ist. Vorläufig kann die Unterscheidung wesentlicher und unwesentlicher Erklärungsbestandteile dahingestellt bleiben; ihre Hinfälligkeit wird sich aus der folgenden Untersuchung von selbst ergeben.

---

24) Goldmann-Lilienthal, BGB., 1, § 41, III B, 1 (S. 163); Ebbecke, Formvorschriften, im Recht 1911, 4, Sp. 646; Cosack, Lehrbuch, I, § 84, II, 2 a (S. 197); Soergel, Kommentar, Erl. 3 zu § 125 (S. 109); Karl Friedrichs, Vertragsrecht, § 13, S. 28; Dorst, Notarielle Beurkundung, 12. Abschn. § 1, S. 181; Lobe, Form der Rechtsgeschäfte, S. 36; Asch, Grundstückskauf, § 1, S. 11 und § 2, S. 15; Neumann, Handausgabe, Erl. II, 1 zu § 125 (S. 128), doch abweichend Erl. I b zu § 126 (S. 132). — So auch die Motive zum BGB., Bd. I, § 91, S. 183.

25) Dorst, Not.Beurk., 12. Abschn., § 1, S. 181.

26) Vgl. Riehl im RGRK., Erl. 6 zu § 125 (S. 184); Oertmann, Kommentar, Erl. 3 zu § 313 (S. 139); Staub's Kommentar z. HGB., Anm. 26 zu § 350 (S. 253).

27) Verfehlt wäre es, etwa die Unterscheidung der für einen gesetzlichen Vertragstypus wesentlichen und unwesentlichen Abreden auf das Formenproblem zu übernehmen, schon deshalb, weil bei weitem nicht alle Verträge Typengeschäfte sind. Aus dem Satze Dernburgs (Bürg. Recht, I. Bd., § 140, II, S. 422): „Fehlen begrifflich wesentliche Punkte in der Schrifturkunde, z. B. beim Mietvertrage über ein Grundstück die Bestimmung über den Mietpreis, und sind dieselben nur mündlich vereinbart, so ist die gesetzlich erforderliche Schriftlichkeit des Geschäftes nicht vorhanden“, der in dieser Fassung richtig ist, wenn sein Anwendungskreis auch beschränkt ist, darf man nicht etwa durch Umkehrschluß folgern, nur die nach dem Vertragstypenbegriff wesentlichen Teile seien formbedürftig. — Richtig Staub, Anm. 74 a (S. 284) zu § 350: „Wesentlich ist nicht das, was begrifflich zu dem Rechtsgeschäft gehört, sondern das, was die Parteien als wesentlich erachtet haben.“ Ebenso Buck, Nachträgliche Vereinbarung, in Gruch. Beitr. 48, S. 724.

Denn wenn die genannten Schriftsteller beider Gruppen, insbesondere die Kommentatoren, die Behandlung der Frage nach dem Umfange des Formenbedürfnisses mit der Feststellung abschließen, daß der ganze oder mindestens der „wesentliche" Inhalt des Rechtsgeschäfts — das ist, wie gezeigt wurde, der Inhalt der Erklärung, gegebenenfalls der beiderseitigen Erklärungen im Tatbestande des Rechtsgeschäfts — dem Formenzwange unterliege, so übersehen sie hierbei, daß diese Feststellung keine endgültige Lösung der Frage nach dem Umfange der Formbedürftigkeit sein kann, sondern zugleich eine weitere Fragestellung in sich birgt. Sie übersehen, daß sich im Gesetze für den Inhalt einer Willenserklärung keine Begriffsbestimmung findet, ja, daß er überhaupt keine feststehende Größe ist. Die Feststellung, daß formbedürftig der Inhalt der Erklärung ist, fordert also die Lösung des Problems heraus: „Was ist der Inhalt einer Willenserklärung?"

Daß erst dieser weitere Schritt zu dem Ziele führen kann, eine wirkliche und nicht nur scheinbare Klärung der Frage, welche Teile des für formbedürftig erklärten Rechtsgeschäfts dem Formenzwange unterliegen, zu erlangen, leuchtet ein, wenn einmal vorweg auf einen Zusammenhang hingewiesen wird, der an späterer Stelle einer eingehenden Erörterung unterzogen werden wird: Es werde angenommen, daß Vertragsparteien neben dem formrichtigen Vertrage noch formlose Abreden getroffen haben. Gewollt wurden diese von den Parteien als Bestandteile des Vertrages, also als zum Inhalte der Erklärungen der Parteien gehörig. Wegen des Formmangels sind sie nichtig. Bleibt der formgerechte Teil nun gemäß § 139 BGB. gültig, so wirken diese formlosen Abreden dennoch in den Erklärungen der Parteien, soweit sie zu deren Auslegung herangezogen werden dürfen und werden. Sie beeinflussen in diesem Falle trotz ihrer Formlosigkeit den Inhalt der betreffenden Erklärung, und es folgt daraus, daß es nicht angeht, sie bei der Aufstellung des Begriffes des formbedürftigen Erklärungsinhalts unberücksichtigt zu lassen.

Nützlich für die Erkenntnis dessen, daß der Begriff des Inhalts der Willenserklärung als des Gegenstandes der Formbedürftigkeit problematisch ist, ist ein Vergleich mit der Irrtumslehre. Zur Begründung der Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB. muß ebenfalls darauf zurückgegangen werden, was unter Inhalt der Erklärung zu verstehen ist. Manigk entwickelt in seinem Buche „Irrtum und Auslegung"[28] für das Gebiet der Irrtumsanfechtung den Begriff

28) §§ 8 und 9.

des Inhalts der Willenserklärung, der „eine vom BGB. der Rechtswissenschaft zu zweckmäßiger Begrenzung übermittelte Vorstellungsgröße“[29] ist: Die Willenserklärung ist ihrem Wesen nach ein Mittel zur Kundbarmachung eines Rechtsfolgewillens. Zu erforschen, ob diese Kundbarmachung gelungen oder mißglückt ist, ist Sache der Auslegung der Willenserklärung. „Man kann ein Mittel erst dann objektiv werten, wenn man seinen Zweck kennt. Man kann die nicht eindeutige Erklärung erst auslegen, wenn man den Willen kennt.“[30] Dem Wesen der Willenserklärung als Kundgabemittel zufolge kann der Wille nur soweit positiv wirken, als er erklärt ist, da nur die Erklärung demjenigen, dem kundgegeben werden soll, zugänglich ist. Die Auslegung hat also zu ermitteln, wie weit der Wille in der Erklärung zum Ausdruck gekommen ist. Der nicht in der Erklärung nachzuweisende Wille kann nur negativ wirken, indem er das Anfechtungsrecht erzeugt. Die Auslegung stellt nun einerseits fest, daß in gewissen Fällen der Wille, obgleich er nach dem aus rein objektiver Betrachtung der Willenserklärung folgenden Scheine sich nur durch die Beseitigung der mißlungenen Erklärung im Wege der Irrtumsanfechtung Geltung verschaffen kann, dennoch positiv in der Erklärung wirkt, weil er in ihr immerhin noch, wenn auch undeutlich, zum Ausdruck gekommen ist; hier erweitert also die Auslegung das Gebiet dessen, was als „Inhalt der Erklärung“ der Prüfung der Zulässigkeit einer Irrtumsanfechtung unterliegt; die Willenserklärung hat für die Irrtumsanfechtung nicht denjenigen Inhalt, wie er bei der ersten objektiven Betrachtung erscheint, sondern denjenigen weiteren, wie ihn die Auslegung dadurch formt, daß sie bisher nur versteckt in der Erklärung vorhandenen Willen aufdeckt. Die Auslegung beschränkt aber auch den Umfang des Begriffes „Inhalt der Erklärung“ im § 119, indem sie genau festlegt, was erklärter Wille und was nur „Motiv“[31] ist, eine Feststellung, die bei der Beantwortung der bedeutsamen Frage der Zulässigkeit der Anfechtung wegen Irrtums über zwingende oder dispositive gesetzliche Rechtsfolgen ausschlaggebend ist. Nur dadurch also, daß man den Begriff des Inhalts der Willenserklärung an den Grundsätzen der Auslegung orientiert, kann man, wie Manigk zeigt, zu seiner für das Gebiet des § 119 gültigen Bestimmung gelangen.

So werden auch zur Lösung der Frage, welches der Begriff des Inhalts der Erklärung als des formbedürftigen Teiles des

29) S. 128 Anm. 1.
30) S. 198.
31) S. 128.

rechtsgeschäftlichen Gesamttatbestandes ist, Rechtsverhältnisse zu berücksichtigen sein, die den Formvorschriften scheinbar fremd sind. Auch hier gilt, wie bei dem Irrtumsproblem, „daß der Inhalt einer Willenserklärung eine allein vom Geschäftswillen abhängige und ganz veränderliche Größe ist. Jeder Versuch, den „Inhalt" der Willenserklärung nach einem absoluten Maßstab zu begrenzen . . ., ist ein auf Verkennung des Wesens der Willenserklärung beruhender Fehlgriff."[32]

Andeutungsweise ist auf die Problematik des Begriffs „Inhalt der Willenserklärung" in der Lehre vom Formenzwange hingewiesen von Planck, der den „wesentlichen Inhalt", der sich vollständig aus der Urkunde ergeben müsse, dahin erläutert, daß dies der „volle Umfang dessen, was die Parteien als Inhalt des formbedürftigen Geschäfts festgesetzt haben"[33], sei; ebenso von Soergel: „. . . alle Punkte, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das Geschäft, so wie es tatsächlich abgeschlossen wurde, unmittelbar zusammensetzt."[34] Aehnlich auch andere, die erkennen, daß die für die Unterwerfung unter den Formzwang angeblich ausschlaggebende Wesentlichkeit der Geschäftsbestimmungen jedenfalls nicht objektiv, sondern unter Heranziehung des Parteiwillens zu bewerten ist.[35]

Das Verdienst, die Problemfrage überhaupt einmal ausdrücklich gestellt zu haben, hat sich Hoeniger erworben. In seiner Abhandlung[36] heißt es: „Zu den Erfordernissen des Formgeschäftes gehört . . ., daß die in richtigem Verfahren aufgenommene Urkunde einen bestimmten Inhalt hat. Kein Gesetz gibt diesen Inhalt genau an. Es erhebt sich daher die Frage: Welches ist denn der wesentliche Inhalt des Formgeschäftes?"[37] In einer Unmenge von Erkenntnissen, von denen bei Soergel[38] eine Zusammenstellung zu finden ist, hat das Reichsgericht für einzelne Fälle entschieden, welche Bestandteile eines Grundstücksveräußerungsvertrages für die Formbedürftigkeit wesentlich seien. Alle diese für je einen ganz bestimmten Fall geltenden Regeln und die sie fast überwuchernden Ausnahmen entbehren eines gemeinsamen, im Gesetz enthaltenen Grundgedankens, sind mitunter

---

32) Manigk, Irrtum und Ausleg., S. 146.
33) Erl. 4 zu § 125.
34) Erl. 3 zu § 125 (S. 109).
35) So Riehl im RGRK., Anm. 6 zu § 125, S. 184; Staub, Komm. z. HGB., § 350 Anm. 74 a, S. 284; Dorst, Not. Beurkundung, S. 181; Oertmann, Komm., Anm. 3 zu § 313, S. 139; Asch, Grundstückskauf, S. 16.
36) Zum Problem der Formgültigkeit usw.
37) a. a. O., S. 335.
38) Kommentar, § 313, II, 2 (S. 477). Ferner bei Staub, Komm. z. HGB., Anm. 26 zu § 350 (S. 254); Asch, Grundstückskauf, S. 12—14.

gar bloß Behauptungen, die sich nur auf ein allgemeines Rechts- und Billigkeitsgefühl gründen. Vor allem aber ist aus der Richtigkeit einer solchen Regel im Einzelfalle nicht ihre Allgemeingültigkeit zu schließen. In andern Fällen können genau dieselben Momente, obwohl der Form des § 313 BGB. ermangelnd, dennoch gültig sein, weil und soweit sie, zur Auslegung herangezogen, nach den für diese geltenden Grundsätzen noch positiv in der Erklärung wirken. Hoeniger weist nach, daß es nicht schwer ist, aus dem Gesetze — womit er aber wohl richtig nur diejenigen gesetzlichen Vorschriften meint, die sich ausdrücklich mit dem Formerfordernis befassen — auch genau das Gegenteil der reichsgerichtlichen Auffassung über den Umfang des Formenzwanges in § 313 herauszuinterpretieren. Er schließt mit der Erkenntnis: „Die Problemfrage ist: nach welchen Gesichtspunkten wird entschieden, ob ein Moment für die Formgültigkeit wesentlich ist oder nicht? ... Der Wortlaut der Gesetze gibt dieses Kriterium nicht."

Die Frage, zu deren Lösung nun geschritten wird, lautet also, um sie noch einmal festzulegen: Was ist der Inhalt der formbedürftigen Willenserklärung? Was untersteht dem Begriffe der formbedürftigen Willenserklärung, und was von alledem, was erklärt worden ist oder werden soll, fällt nicht darunter?

Da die Willenserklärung hinsichtlich ihres Inhalts eine relative Größe ist, so muß ihr eigenes Wesen an jener bekannten Größe, für deren Beziehung zu ihr selbst die gesuchte Begriffsbestimmung des Erklärungsinhalts Geltung haben soll, gemessen werden. Diese Maßstabgröße ist das Formerfordernis.

Die Willenserklärung ist ihrem Wesen nach Mittel zu einem Zweck; ihr Zweck ist: Kundgabe eines Rechtsfolgewillens.[39] Zweck des Formerfordernisses ist: Alles zu formalisieren, was die Parteien kundgeben müssen, um in der Willenserklärung ihren Rechtsfolgewillen vollständig zum Ausdruck zu bringen.[40] Hierin liegt der absolute Grundzweck jedes Formenzwanges an sich, mag es sich da-

39) So Manigk, WE. und WG., § 91, S. 430; Irrtum und Auslez., S. 195, S. 103. — Vgl. auch Regelsberger, Vorverhandlungen, § 1, S. 2 f., der in der Willenserklärung die Aeußerung des Vorhandenseins „eines auf einen bestimmten rechtlichen Zweck gerichteten ernstlichen Willensentschlusses" sieht, und Warneyer, Komm., I vor § 104, S. 147: „Das Wesen des Rechtsgeschäfts ist darin zu finden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich betätigt ..."

40) Diese Ansicht vertritt auch Buck, Nachträgliche Vereinbarung, in Gruch. Beitr. 48, S. 724; er bezeichnet als den Zweck der (gesetzlichen) Formvorschriften „eine erschöpfende Beurkundung aller schließlich begründeten Parteirechte und -pflichten."

bei im Einzelfalle um eine gesetzliche oder um eine rechtsgeschäftliche Formvorschrift handeln, mögen dabei von der einzelnen Formvorschrift alle zur Vollendung des Rechtsgeschäfts notwendigen Erklärungen der Formalisierung unterworfen sein oder nur ein Teil davon. Sobald in dem soeben als Grundzweck jedes Formenzwanges aufgestellten Satze von dem Umfange „alles" Abstriche gemacht werden, werden die Grenzen des Begriffs des Formenzwanges flüssig und dieser Begriff für die Anwendung bei der Bestimmung des Umfangs des Formerfordernisses im Einzelfalle untauglich, der Formzwang schon begrifflich teilweiser Formfreiheit gleichgesetzt. An dem Satze über den Grundzweck des Formenzwanges wird bei der Aufsuchung des Begriffes des Erklärungsinhalts streng festzuhalten sein; andererseits genügt, wo es sich lediglich um die Abgrenzung des Erklärungsinhalts von dem Außerinhaltlichen handelt, die Heranziehung dieses Grundsatzes, und es bedarf nicht der Berücksichtigung der Verschiedenheit der einzelnen Formvorschriften untereinander hinsichtlich ihres Ursprungs und hinsichtlich des Umfanges ihrer Wirkung auf alle die Geschäftsäußerungen, die sich auf Grund der gegenwärtigen Untersuchung als zum Erklärungsinhalt gehörend erweisen werden.

a) Obwohl die grundlegenden Wirkungen eines Erklärungsgeschäfts nach den §§ 133 und 157 BGB. von dem erklärten Willen abhängig sind, gilt doch nicht der noch von der älteren Willenstheorie verfochtene Satz, daß bei jedem Rechtsgeschäft sämtliche Rechtsfolgen gewollt sein (und mithin auch als gewollt erklärt sein) müssen. „Wir brauchen heute nicht mehr die Anknüpfung aller Wirkungen des Rechtsgeschäfts an den Willen", heißt es bei Manigk[41]. Aus diesem Satze, dessen Gültigkeit für das Problem des formbedürftigen Erklärungsinhalts nunmehr im einzelnen belegt werden soll, folgt, daß alles, was auch ohne den Parteiwillen den Rechtserfolg herbeiführt, nicht notwendig zum Inhalt der formellen Erklärung gemacht zu werden braucht. Es folgt aber auch daraus, daß andererseits alles, was gewollt sein muß, auch formell zu erklären ist, selbst dann, wenn es nur einen nach der Parteiauffassung ganz unwichtigen Punkt betrifft. In diesem Sinne ist auch einer Reichsgerichtsentscheidung zu § 313 zuzustimmen, in der gesagt wird[42]: „Maßgebend ist nicht, was die Parteien in die Urkunde haben aufnehmen wollen, sondern was nach der Bedeutung des Vereinbarten hätte aufgenommen werden sollen", wobei aber der

---

41) Irrtum u. Ausleg., S. 121.
42) RG. Recht 1915, Nr. 1747 = Warneyer, Rspr. 1915, Nr. 45.

jetzt folgende Nachsatz: „weil es sich als wesentlicher Bestandteil der gesamten Vereinbarung darstellt“, besser so zu fassen wäre: weil es als Rechtsfolge gewollt war und seiner Beschaffenheit nach nur ausdrücklich erklärt den Rechtserfolg herbeiführen kann.

Unabhängig vom Willen des Erklärenden sind diejenigen Rechtsfolgen, die unmittelbar auf Grund zwingenden oder nachgibigen Gesetzesrechtes eintreten. Dieser Satz wurde vielfach bestritten. Insbesondere vertrat die schon erwähnte rein willenstheoretische Richtung den Standpunkt, daß die Gesamtheit aller Rechtsfolgen, die gesetzlichen also miteinbegriffen, in der Willenserklärung enthalten sein müsse. Andererseits aber neigen auch gerade neuere Erklärungstheoretiker dazu, als Inhalt der Willenserklärung — und zwar als einzigen Inhalt unter Ausschaltung des nach der richtigen Ansicht gerade begriffswesentlichen erklärten Willens — die Rechsfolgen anzusehen; so betrachtet Danz die Auslegung der Willenserklärung als die Feststellung der eingetretenen Rechtsfolge.[43] Titze[44] stimmt ihm auf Grund eingehender Untersuchungen zu, erkennt aber gleichzeitig in der Auslegung denjenigen Vorgang, der „den „wahren“, den „wirklichen“, den „richtigen“ Erklärungsinhalt zu entfalten hat“ und folgert daraus: „Läßt sich aber das Wesen der Auslegung gleichmäßig als Fixierung der Erklärungsfolgen wie als Aufdeckung des Erklärungsinhaltes bezeichnen, so kann zwischen dem Inhalt der Erklärung und den Rechtsfolgen der Erklärung kein Unterschied obwalten. Ja, man kann den Erklärungsinhalt gar nicht besser definieren, denn als Summe der durch die Erklärung erzeugten Rechtsfolgen.“[45] Gegen diese Auffassungen ist einzuwenden, daß die Feststellung der Rechtsfolgen einer Willenserklärung erst ein weiterer Schritt ist, der eine eindeutige Feststellung des Erklärungsinhalts voraussetzt und somit zeitlich der Auslegung nachfolgt, der allerdings nur noch in einem mechanischen Vergleichen derjenigen Rechtsfolgen, auf die der Inhalt der konkreten Erklärung gerichtet ist, mit den vom objektiven Rechte für den gegebenen Tatbestand abstrakt zugelassenen Rechtsfolgen und nötigenfalls in einer Ergänzung der Lücken des Tatbestands mit den Mitteln des objektiven Rechts besteht. Zuerst muß der im konkreten Falle richtige Sinn der Erklärung ermittelt werden, und dies geschieht durch die Auslegung; erst wenn der Sinn der Erklärung unzweideutig feststeht, kann überhaupt von bestimmten Rechtsfolgen dieser Erklärung gesprochen werden.

43) Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 5.
44) Lehre vom Mißverständnis.
45) a. a. O., S. 451.

Unter Ablehnung der Ansicht Titzes erklärt auch M a n i g k, daß sich schon logisch Inhalt und Folge gegenüberstehen, und leitet im weiteren — da er die Frage wie die oben genannten Schriftsteller für das Gebiet der Irrtumsanfechtung behandelt — aus § 119 BGB. eine Sonderung der Folge des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes von dessen Inhalt her.[46] Entsprechend sind für die v o r l i e g e n d e Untersuchung die weiteren Abgrenzungsmerkmale dem Grundzweck des F o r m e n z w a n g e s zu entnehmen. Da dieser darin liegt, nur das zu formalisieren, was gewollt und erklärt sein muß, damit die diesem erklärten Willen entsprechende Rechtsfolge eintrete, die gesetzlich zwingend oder dispositiv festgesetzten Rechtsfolgen aber ohne Rücksicht auf einen Parteiwillen eintreten auf Grund der bloßen Tatsache des Vorhandenseins eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, der nach der Rechtsordnung ihr Inkrafttreten auslöst, so besteht auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften n i c h t die Notwendigkeit, sie in die Erklärung aufzunehmen. Es könnte hier der Einwand gemacht werden, daß diejenigen Formvorschriften, die als Schutzvorschriften die Parteien zu gründlicher Ueberlegung des beabsichtigten Rechtsgeschäfts anhalten sollen, ihren Zweck verfehlen würden, wenn sie die oft gerade besonders folgenschweren gesetzlichen Rechtsfolgen aus dem Kreise des den Parteien zur Beachtung Vorgehaltenen ausschließen würden. Das ist nicht der Fall. Da innerhalb der staatlichen Ordnung jedes Rechtsgeschäft nur auf der Grundlage des geltenden objektiven Rechts getätigt werden kann, besteht eine unwiderlegliche tatsächliche Vermutung dafür, daß die Partei das V o r h a n d e n s e i n dieses Rechts kennt. Es muß aber auch weiter unwiderleglich vermutet werden, daß der Partei der I n h a l t dieses Rechts, wenigstens hinsichtlich der Gebiete, auf denen sie sich rechtsgeschäftlich betätigt,[47] bekannt ist. Diese Vermutung mit der Wirklichkeit annähernd in Einklang zu bringen, ist nicht Sache des geltenden materiellen Rechts, also auch nicht der Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, selbst soweit sie den Schutz der Parteien bezwecken, sondern das ist eine Aufgabe der Volksbildungspolitik.

Es erhebt sich nun noch die Frage, wie es sich dann mit der Formbedürftigkeit verhält, wenn dennoch ein auf gesetzliche Rechts-

---

46) Irrtum u. Ausleg., § 9. Vgl. die dortselbst, S. 119, Fußnote 1, Genannten. Ebenfalls für die vorgetragene Auffassung: Rudolf L e o n h a r d, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, S. 178 oben. Gegen D a n z auch Franz L e o n h a r d, Auslegung, S. 34 II, desgleichen gegen seine „Identifizierung von Erklärungs i n h a l t und Erklärungs f o l g e n": E n n e c c e r u s, Lehrb., I. Bd., 1. Abt., § 192, Anm. 7 (9. bis 11. Aufl.).

47) Anders z. B. im Strafprozeßrecht: die Rechtsmittelbelehrung, § 268 Abs. III StPO.

folgen besonders gerichteter Wille vorhanden ist und erklärt werden soll. Einen derartigen Vorgang als überflüssig unbeachtet zu lassen, geht nicht an, denn er bewirkt, daß die erklärten gesetzlichen Rechtsfolgen im Sinne der Irrtumslehre zum Inhalt der Erklärung gehören und somit ihre Anfechtung nach § 119 BGB. möglich ist.[48] Ist der rechtsgeschäftliche Wille auf eine bestimmte zwingende oder dispositive gesetzliche Rechtsfolge gerichtet, so muß er, um wirken zu können, in die Erklärung aufgenommen werden. Damit wird er zu einem Moment, das notwendig kundgegeben werden muß, um die gewünschte Rechtsfolge herbeizuführen. Und deshalb gehört er mit zum formbedürftigen Inhalt der Erklärung. Anders würde ja auch in den Fällen, in denen der Formmangel Nichtigkeit herbeiführt, die einzige praktische Folge der Aufnahme gesetzlicher Wirkungen in die Erklärung, die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung, illusorisch werden; denn dann läge es, bleibt überhaupt der formrichtige Teil des Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB. gültig, so, als ob die gesetzlichen Rechtsfolgen nicht besonders gewollt und erklärt wären, und sie würden alsdann kraft des Gesetzes unanfechtbar eintreten. — Sind nur generell „die gesetzlichen Rechtsfolgen" als gewollt erklärt, ohne daß dabei die Vorstellung von bestimmten Rechtsfolgen vorhanden war, so ist es unerheblich, ob diese Erklärung formalisiert worden ist oder nicht; sie ist in jedem Falle überflüssig wie auch unschädlich.

b) Anders als bei Rechtsgeschäften, die Raum für das Eintreten von zwingenden oder dispositiven Legalwirkungen bieten, ist die Lage da, wo zur Herbeiführung von Rechtsfolgen zwar ein Wille der rechtsgeschäftlichen Aeußerung zugrunde liegen muß, eine bestimmte oder auch nur unbestimmte Vorstellung von den Rechtsfolgen aber nicht erforderlich ist. Es handelt sich um das stillschweigend Miterklärte. Der Geschäftswille ist beim Fehlen einer gegenteiligen Aeußerung nach § 157 BGB. als auf den allgemein (bei zweiseitigen Rechtsgeschäften insbesondere dem Vertragsgegner) erkennbaren Umständen, unter welchen die Erklärung abgegeben wird, fußend anzusehen; dadurch wird die ausdrückliche Erklärung in einer diesen Umständen entsprechenden Weise ergänzt, ohne daß die Partei an diese Wirkung zu denken braucht. Planck sagt:[49] „Der Inhalt der Willenserklärung erschöpft sich nicht in den Rechtsfolgen, die der Erklärende sich vorge-

48) Siehe Manigk: Irrtum und Auslegung, § 9 passim, bes. S. 118, 121, 128, 139; Enneccerus, Lehrb. I, § 157, S. 400.
49) Komm. Erl. 5 zu § 133 (S. 347).

stellt hat. Auch solche Rechtsfolgen, an die der Erklärende gar nicht gedacht hat, an die er vielleicht gar nicht denken konnte, können als selbstverständliche oder doch sinngemäße Konsequenz des in der Erklärung zum Ausdruck gebrachten Geschäftswillens erscheinen und demgemäß als von der Erklärung mitumfaßt gelten, weil die gegenteilige Annahme mit dem Inhalt der Erklärung im Widerspruch stünde." Crome spricht von dem „Kreis des stillschweigend Selbstverständlichen": „Es ist nichts willkürlich bloß von einer Seite Vorausgesetzes und dem Gegner beim Vertragsschluß Erkennbares; sondern der Inhalt ergibt sich objektiv aus den allgemeinen Verkehrsgrundsätzen. Was nach diesen selbstverständlich ist, darf man beiderseits bei dem Vertragsschlusse auch stillschweigend voraussetzen."[50] In gleichem Sinne heißt es bei Titze:[51] „Als Erklärungsinhalt haben ... alle Rechtsfolgen zu gelten, von denen sich sagen läßt, daß sie sich als die sinngemäße Konsequenz des von der Partei durch ihr Verhalten zum Ausdruck gebrachten Geschäftswillens darstellen." Das Reichsgericht billigt diesen Standpunkt anläßlich der Entscheidung eines jener bekannten und häufig vorkommenden Fälle, in denen ein Tierhalter jemanden aus Gefälligkeit auf seinem Gefährt mitnimmt und es sich um seine Haftung für den durch das Tier seinem Fahrgaste zugefügten Schaden handelt.[52] Die Parteien haben nichts weiter ausdrücklich erklärt, als etwa den Zuruf: „Wollen Sie mitfahren?" und die Antwort: „Ja", das Reichsgericht hält aber dafür, daß aus den Umständen eine Vereinbarung des Ausschlusses der gesetzlichen Haftung aus § 833 BGB. hervorgehen könne. „Bei der Auslegung von Willenserklärungen kommt es darauf, was die Beteiligten nur gedacht, nicht auch kundgegeben haben, nicht an ... Als Willenserklärung aber sind zu berücksichtigen nicht bloß die Worte, die gewechselt wurden, sondern das ganze Verhalten der Beteiligten ... Es kann unter Umständen als selbstverständlich erscheinen, daher als stillschweigend vereinbart zu erachten sein, daß ..." usw.[53] Manigk weist den Vorwurf, daß hierbei ein Wille fingiert werde, in eingehender Erörterung zurück[54] und kommt zu dem Schluß: „So gehört auch das stillschweigend Miterklärte, weil es von dem ausdrücklich Erklärten in Wahrheit mitumfaßt wird, zum Inhalt der Willenserklärung."[55] Dementsprechend gehört es zum

50) Crome, Konzessionsvertrag, S. 49.
51) Titze, Mißverständnis, S. 492.
52) RG. 67, 431.
53) Daselbst, S. 433, 434.
54) Irrtum u. Auslegung, S. 128—134.
55) Daselbst, S. 133.

Begriffe des formbedürftigen Inhalts nicht. Gilt für die Auslegungs- und Irrtumslehre, von deren Anwendung die Gestaltung der Rechtsfolgen jeder Willenserklärung wesentlich abhängt, der Satz, daß „auch das als dem Inhalt der Willenserklärung angehörend angesehen werden muß, was mit dem ausdrücklich Gesagten logisch so notwendig zusammenhängt, daß es, um die Vorstellungen des Gegners mit zu beeinflussen, vom Erklärenden nicht besonders hervorgehoben zu werden braucht",[56] so folgt, daß hier ein Wille sich automatisch erklärt, ohne daß es eines besonderen Kundgabeaktes seitens der Partei bedarf. Das Gesetz selbst knüpft — diesmal im Gegensatz zu oben a) nur mittelbar durch den § 157 — an ein bestimmtes (sogenanntes konkludentes) Verhalten die im Sinne des § 157 „logische" Rechtsfolge an, — allerdings (gleichfalls anders als oben unter a) unter der Voraussetzung, daß ein auf sie gerichteter Wille wirklich vorhanden ist und unter Offenhaltung eines Anfechtungsrechts für den Fall, daß der Vermutung zuwider doch nicht die „logische" Rechtsfolge gewollt war.[57] Was bei Stillschweigen der Partei für Auslegung und Irrtumsanfechtung als zum Inhalt der Erklärung gehörend betrachtet wird, gehört nicht zu dem, was die Partei notwendig kundgeben muß, damit die betreffende Rechtsfolge eintrete. Deshalb liegt es außerhalb dessen, was von dem Grundzweck des Formenzwanges erfaßt wird. Als dem formrichtigen ausdrücklichen Teile der Erklärung immanent ist es ja auch schon von selbst formalisiert.

c) Nunmehr soll erörtert werden, ob es möglich ist, rechtsgeschäftliche Aeußerungen außerhalb der formrichtigen Erklärung dadurch zu gültigen Erklärungsbestandteilen zu machen, daß auf sie in der formellen Erklärung verwiesen wird. Von der vorigen Gruppe unterscheiden sich diese Momente dadurch, daß sie nicht auf Grund der allgemeinen Umstände als selbstverständliche Konsequenz der formellen Erklärung und deshalb als ihr innewohnend erscheinen, vielmehr Rechtsfolgen nur bei ausdrücklicher Aeußerung durch die Partei hervorbringen können, daß sie aber andererseits auch ausdrücklich erklärt werden, so jedoch, daß nur eine Verweisung auf ihren im Uebrigen der vorgeschriebenen Form ermangeln-

---

56) Manigk, Irrt. u. Ausleg., S. 128. — Wenn hier von „logischem Zusammenhang die Rede ist, so handelt es sich natürlich, wie aus dem Zusammenhange a. a. O. klar hervorgeht und zu dem S. 132, 133 daselbst ausdrücklich festgestellt wird, nicht um eine Buchstabenlogik, sondern um eine solche unter Berücksichtigung der soeben erörterten allgemeinen Umstände.

57) Nachzuweisen ist vom Anfechtenden, daß wirklich die stillschweigend miterklärten Elemente nicht gewollt waren; es genügt nicht, daß er an sie bloß nicht gedacht hat. Siehe Manigk, Irrt. u. Ausleg., S. 134.

den Tatbestand formalisiert wird. Nicht hierher gehören somit die Fälle, in denen ein Teil der Erklärung zwar von dem übrigen getrennt, aber ebenfalls in der vorgeschriebenen oder einer ihr in der Wirkung gleichen Form aufgenommen ist; dort handelt es sich nicht um die Gültigkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts nach materiellem Formenrechte, sondern um die formellen Erfordernisse einer gültigen Urkundsaufnahme.[58] Bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bilden Schriften, auf die in der Erklärung der Beteiligten Bezug genommen ist, einen Teil des Protokolls, sofern sie diesem als Anlage beigefügt sind (§ 176 Abs. II FGG.; vgl. dazu RG. 107, 294). Gleichfalls nicht hierher gehören die Fälle, in denen eine Aeußerung, auf die verwiesen ist, nicht als Erklärungsbestandteil, sondern nur als Außenumstand für die Auslegung des Erklärungsinhalts in Anspruch genommen wird.

Ueber die Zulässigkeit der Verweisung sind die Meinungen im Schrifttum geteilt. Es wird die Ansicht vertreten, daß es zur Erfüllung des Formerfordernisses genüge, wenn die Verweisung in die formelle Erklärung aufgenommen werde, während diejenigen Aeußerungen, auf die verwiesen wird, formfrei geschehen können. Diese Meinung findet sich bei Soergel;[59] bedingt, nämlich für den Fall, daß die formlose Urkunde, auf die verwiesen wird, der formrichtigen beigefügt wird, auch bei Enneccerus.[60] Die entgegengesetzte Ansicht wird unmittelbar ausgesprochen von Staudinger[61] und Achilles-Greiff,[62] mittelbar auch von denjenigen, die betonen, daß das, worauf verwiesen ist, nur zu Auslegungszwecken herangezogen werden dürfe, woraus hervorgeht, daß sie diese Geschäftsäußerungen als außerinhaltliche Umstände betrachten: so Planck[63] und Neumann.[64] Das Reichsgericht hat gleich-

58) Dazu vgl. Staub, Komm. z. HGB., Anm. 26 zu § 350, S. 254: „Es kann nicht verlangt werden, daß alle den Grundstücksveräußerungsvertrag betreffenden Vereinbarungen in einer einzigen Urkunde enthalten sein müssen. Es können mehrere äußerlich selbständige Rechtsgeschäfte, die zusammen einen einheitlichen Veräußerungsvertrag bilden, in verschiedenen formgerechten Urkunden niedergelegt werden, sofern sich die gegenseitige Abhängigkeit aus den Urkunden ergibt. Nicht jede Urkunde muß einen solchen Hinweis enthalten. Es genügt, wenn sich der rechtliche Zusammenhang der äußerlich getrennten Verträge im Wege der Auslegung aus einer der Urkunden ergibt ..." Ferner Dorst, NotBeurk., S. 182. Für die Bürgschaftserklärung: Neumann, Handausg., Erl. I, b zu § 126, S. 132.

59) Soergel, BGB., § 125, 3, S. 109: „Es genügt auch, wenn die formrichtig errichtete Urkunde auf andere Urkunden Bezug nimmt ..."

60) Enneccerus, Lehrb. I, § 146, I, S. 383, Fußnote 1.

61) Staudingers Kommentar, Erl. III zu § 126, S. 526.

62) Achilles-Greiff, BGB., Note 2 zu § 126, S. 48.

63) Planck's Kommentar, Erl. 4 zu § 125: „Mit dieser Maßgabe" (nämlich: daß es sich nur um Auslegung handelt und „der erforderliche Willensinhalt in der Urkunde noch gefunden werden kann") „ist auch eine Bezugnahme auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände und insbesondere auch auf andere Urkunden statthaft."

64) Neumann, Komm. Erl. I b, zu § 126, S. 132: „Es kann somit auch auf Anlage, Briefwechsel usw. Bezug genommen werden; immerhin muß aber der sprachliche Aus-

falls die Bezugnahme auf andere Schriftstücke bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform für unzulässig erklärt und verlangt, daß die formrichtige Urkunde zum mindesten den wesentlichen rechtlichen Inhalt derjenigen Willenserklärung enthalte, deren schriftliche Niederlegung das Gesetz erfordert (RG. 105, 292). Wenn K. Friedrichs sagt:[65] „Wenn eine Urkunde vorgeschrieben ist, so genügt die Urkunde nur dann der Formvorschrift, wenn sie einen in sich selbst verständlichen Inhalt und Sinn hat und nicht bloß eine Bezugnahme auf eine fremde Urkunde enthält“, so ist damit der Lösung der Streitfrage nicht gedient. Wessen Auffassung soll dafür maßgebend sein, ob die Urkunde ohne die Verweisung in sich selbst verständlich ist? Oder soll dies durch Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln festgestellt werden? Dann müssen, auch wenn die Verweisung fortgedacht ist, die Umstände, auf die verwiesen ist, zur Ermittlung des wahren Inhalts der Rumpf-Erklärung herangezogen werden. Ergibt sich dabei, daß sie in der Erklärung ihren Ausdruck finden, so wirken sie positiv in ihr; die Verweisung stellt sich als überflüssig heraus, und der Streit um die Gültigkeit dessen, worauf verwiesen ist, wird hinfällig. Ergibt sich aber, daß die Umstände, auf die verwiesen ist, in der Erklärung nicht ihren Ausdruck finden, daß die Rumpf-Erklärung aber gleichwohl in irgendeinem (wenn auch nicht dem gewollten) Sinne verständlich ist, dann erst und nur dann ist nach Friedrichs Raum dafür, die Aeußerungen, auf die verwiesen ist, als formgültig erklärt anzusehen. Das bedeutet aber, daß diese Aeußerungen nur dann als Erklärungsinhalt in Betracht kommen, wenn sie als Auslegungsmittel untauglich sind, eine Schlußfolgerung, die das wahre Verhältnis des Erklärungsinhalts zum Auslegungsmaterial umdreht und damit die Unrichtigkeit der Voraussetzung, von der ausgegangen wurde, erweist.

Die Ansicht, daß die formrichtige Verweisung auf formlose Geschäftsäußerungen genüge, um diese zu gültigen Geschäftsbestandteilen zu machen, widerspricht nicht der oben aufgestellten Formel für den Grundzweck des Formenzwanges. Es ist richtig, daß bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts an sich eine Verweisung im Erklärungstatbestande genügt, um die außerhalb desselben bezeichnete Rechtsfolge, auf die verwiesen wird, zur Geltung zu bringen. Es

druck der von dem Aussteller unterzeichneten zur Erfüllung des Fromerfordernisses bestimmten Urkunde (im Wege einer erläuternden, nicht ergänzenden Auslegung) den wesentlichen rechtlichen Inhalt der durch das Gesetz formalisierten Willenserklärung erkennen lassen . . .“

65) Karl Friedrichs, Vertragsrecht, § 13, S. 28.

ist selbst für Essentialien der Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (wie z. B. für den Preis beim Kauf) allgemein anerkannt, daß sie nicht durch den Vertrag bestimmt werden müssen, sondern nur durch ihn bestimmbar gemacht zu werden brauchen. Notwendig von der Partei im Erklärungstatbestande zu schaffen ist daher nur die Verweisung. Durch sie wird das außerinhaltliche Verweisungsobjekt[66] dazu herangezogen, in der Erklärung positiv zu wirken. Es ist aber zu beachten, daß das Verweisungsobjekt nicht beständig ist, daß es jeder Zeit abgeändert werden kann. Wird das Verweisungsobjekt abgeändert, so ändert sich damit auch der Erklärungsinhalt. Läßt man also bei formbedürftigen Rechtsgeschäften ein formloses Verweisungsobjekt zu, so ergibt sich als Folge, daß die formalisierte Erklärung (durch formlose Abänderung des Verweisungsobjektes) formlos verändert werden kann. Ob diese Folge mit dem Zwecke jeder Formvorschrift vereinbar ist, erscheint sofort zweifelhaft. Der Satz, der für den Grundzweck jedes Formenzwanges aufgestellt wurde, hat lediglich den Zeitpunkt der Errichtung des Rechtsgeschäfts im Auge. In diesem Augenblick wird auch das Verweisungsobjekt, sofern es nicht überhaupt erst zukünftig zu schaffende Umstände enthält, von der Form, in welche die Verweisung gebracht ist, mitumfaßt. Es ist aber möglich, daß es im Sinne gewisser Formvorschriften liegt, daß die bei der Errichtung des Rechtsgeschäfts formalisierte Erklärung auch in Zukunft konstant bleibt, daß nicht ihr formalisierter Inhalt durch die formfreie Veränderlichkeit selbsttätig in ihm wirkender formloser Umstände selbst einem formfreien Wechsel unterworfen ist; es ist da besonders an diejenigen Formvorschriften zu denken, die das Ziel haben, die Publizität des Erklärungsinhalts herbeizuführen. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung aufgestellte Sätze wie etwa der, daß beim Grundstücksverkauf „zwar die Preisvereinbarung, aber nicht notwendig die Preisbestimmung dem Formzwang unterliegt",[67] sind daher nicht zu verallgemeinern. Der gemeinsame Grundzweck des Formenzwanges reicht nicht aus, um die Frage nach der Formbedürftigkeit von Geschäftsäußerungen, auf die in der formellen Erklärung verwiesen wird, zu beantworten. Hier sind vielmehr die Unterschiede in den besonderen Zweckbestimmungen der einzelnen Formvorschriften zu beachten. Durch Auslegung des Gesetzes beim gewillkürten Formenzwange ist festzustellen, ob die betreffende Form-

66) Mit diesem Ausdruck werden im folgenden die Umstände bezeichnet, auf welche verwiesen wird.
67) Oertmann, Komm. Erl. 3 zu § 313 (S. 139).

vorschrift einer Beweglichkeit des Erklärungsinhalts, wenn er nur einmal durch die Verweisung formrichtig als variable Größe gekennzeichnet ist, nicht im Wege steht, oder ob der Zweck die Erfassung des Verweisungsobjekts durch die Form für die ganze Dauer des Bestandes des Rechtsgeschäfts erfordert. Beim gesetzlichen Formenzwang ist nach den zwei Hauptgruppen zu unterscheiden, in die nach Hachenburg und Ebbecke die Formvorschriften ihrem besonderen Zwecke nach zu zerlegen sind.[68] Es bestehen keine Bedenken, die Verweisung auf formlose Umstände da zuzulassen, wo die Formvorschrift nur der Fürsorge für die Partei dient; hingegen ist sie da unzulässig, wo die Formvorschrift die Erkennbarkeit des Geschäftsinhalts im Allgemeininteresse bezweckt. Bei der ersten Gruppe dient die Formvorschrift nur dazu, die Partei zu veranlassen, das Rechtsgeschäft mit Ueberlegung vorzunehmen, oder es in deren eigenem Interesse von unverbindlichen Vorbesprechungen abzuheben, und da genügt es, wenn im Augenblick der Errichtung das Rechtsgeschäft in allen seinen notwendig von der Partei kundzugebenden Teilen von der Form erfaßt wird. Ergibt sich aus diesem formalisierten Inhalt die Möglichkeit einer selbsttätigen Veränderlichkeit, so hat die Partei dies zu vertreten; das Gesetz wollte nur im Augenblick der Errichtung des Rechtsgeschäfts warnend wirken[69] und kümmert sich um den weiteren Bestand des Geschäftsinhalts nicht mehr. Dient dagegen die Formvorschrift der Erkennbarmachung des Geschäftsinhalts im öffentlichen Interesse, so muß sie auch verlangen, daß der Erklärungsinhalt in sich selbst eine Kraft birgt, die ihn zwingt, konstant zu bleiben; das kann nur dadurch bewirkt werden, daß Aeußerungen, auf die in der formellen Erklärung verwiesen wird, gleichfalls formrichtig beurkundet werden. — Verzeichnisse derjenigen Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die der einen oder der anderen der beiden Hauptgruppen zuzuweisen sind, finden sich bei Hachenburg und bei Ebbecke.[70] Es ist jedoch zu beachten, worauf auch Hachenburg hinweist, daß häufig eine Formvorschrift beiden Zwecken dient.

---

68) Hachenburg, BGB.-Vorträge, S. 82; Ebbecke, Formvorschriften, Sp. 633—635. Wo die Form Wesensvoraussetzung eines bestimmten Rechtsinstituts ist, wie bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber (s. Hachenburg a. a. O., S. 83), aber auch bei der Auslobung (a. A.: Zitelmann, Allg. Teil, S. 105), handelt es sich nicht um Formvorschriften im oben behandelten Sinne. Die von Lobe, Form d. Rechtsgeschäfte, S. 9, aufgestellten Rechtszwecke lassen sich den genannten Gruppen unterordnen. Vereinzelte Formvorschriften, wie etwa die des § 15, IV des GmbH.-Gesetzes (Ebbecke a. a. O., Sp. 635), werden allerdings hinsichtlich ihres Zweckes von den Hauptgruppen isoliert bleiben.

69) Vgl. Hachenburg a. a. O., S. 81.

70) An den Anm. 68 angeführten Orten.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchung ist also, daß nur innerhalb des abgesteckten Rahmens, in dem eine Verweisung auf formlose Umstände zulässig ist, Verweisungsobjekte nicht zum Begriffe des Inhalts der formbedürftigen Willenserklärung gehören.

d) Zum Schluß ist noch das Verhältnis derjenigen Umstände zu dem formbedürftigen Erklärungsinhalte zu prüfen, die zur *Auslegung* des Rechtsgeschäfts heranziehbar sind. Dieses Verhältnis klarzustellen, ist sehr wichtig, weil von ihm die besonders bei Verträgen bedeutsame Wirksamkeit formloser Nebenabreden betroffen wird. Die Frage ist so zu formulieren: Unterliegt die formgerecht errichtete Willenserklärung der Auslegung nach denselben Regeln, wie sie für formfreie Willenserklärungen gelten, oder stellt sich die Urkunde als dermaßen in sich abgeschlossen dar, daß nicht einmal zu ihrer Erläuterung formlose Außenumstände herangezogen werden dürfen? Sie wird einstimmig im Schrifttum richtig dahin beantwortet, daß auch die auf Grund gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Formenzwanges formalisierte Willenserklärung der Auslegung unterworfen ist, und daß hierzu gemäß den allgemeinen, in den §§ 133 und 157 BGB. begründeten Auslegungsregeln alle, auch außerhalb der formellen Erklärung liegende Umstände zu verwenden sind. Nicht völlige Klarheit ist jedoch vereinzelt über den *Umfang* anzutreffen, in dem sich die Gelegenheit und Notwendigkeit einer Auslegung bei formalisierten Willenserklärungen einstellt. So rechnet *Soergel*[71] mit der Möglichkeit, daß der Inhalt des in Urkundform gebrachten Geschäfts „vollkommen klar und schlechthin eindeutig" sei, und erklärt, daß in diesem Falle für eine Auslegung kein Raum sei. In gleicher Weise äußern sich *Planck*,[72] *Kiehl*[73] und *Staub*.[74] Ihnen ist entgegenzuhalten, daß der Erklärungsinhalt zwar dem objektiven Betrachter klar und zweifelsfrei erscheinen kann, daß aber stets die Unsicherheit besteht, ob er nicht bloß ein *Schein*inhalt ist, der ein ganz anderes Aussehen erhält, wenn ein bei rein objektiver Betrachtung nicht berücksichtigter Wille vorgebracht wird und sich als noch in der Erklärung erkennbar erweist. Eine objektiv festzustellende Deutlichkeit einer Willenserklärung gibt es nicht. Die Willenserklärung ist vielmehr dann „deutlich", wenn sie ihren

71) Soergel, Komm., Erl. 4 zu § 125, S. 109.

72) Plancks Kommentar, Erl. 1, a, zu § 133, S. 346: „Für eine Auslegung ist daher insbesondere kein Raum bei klarem Wortlaut."

73) Kiehl stellt im RGRK. Erl. 6 zu § 125, S. 182, als möglich hin, daß die schriftliche Vereinbarung „klar und zweifelsfrei" und deshalb nicht auslegungsbedürftig sei; in diesem Falle greife unmittelbar die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde Platz.

74) Staubs Komm. z. HGB., Anm. 79 zu § 350, S. 287.

Zweck, einen Rechtsfolgewillen anderen kundbar zu machen, erreicht hat, „undeutlich“, wenn dem Erklärenden die Kundbarmachung seines Rechtsfolgewillens durch die Erklärung mißglückt ist. Stets also ist, soll Gewißheit darüber eintreten, ob die Willenserklärung „deutlich“ oder „klar“ oder „zweifelsfrei“ ist, ein Rückschluß auf den Rechtsfolgewillen nötig, den man als Auslegung bezeichnet. Daß der Inhalt des Erklärungsakts so, wie ihn bei objektiver Betrachtung der erste Schein darstellt, so lange vorläufig wirksam ist, bis der abweichende wirkliche Wille geltend gemacht wird, beruht lediglich auf „der Verantwortlichkeit des Handelnden für den Erklärungswert seines Verhaltens.“[75] Deshalb ist richtig, was Kipp sagt: „Eine Willenserklärung, die man der Auslegung unterwirft, ist ihrem objektiven Sinne nach zunächst immer problematisch, scheint mehrere Auslegungen zuzulassen.“[76] Das gilt für formfreie Willenserklärungen ebenso wie für formbedürftige. Wird doch „aus jeder Urkunde ... erst durch Schlußfolgerung die Abgabe einer Erklärung entnommen“, wie Siegel[77] darlegt, und selbst zu dem vorläufigen (ersten) Inhalt der Erklärung kommt man erst, wie dieser Schriftsteller des Näheren erörtert, auf Grund mehrerer einander etappenweise folgender Schlüsse.

Jede Willenserklärung also ist auf die Heranziehung von außerhalb ihrer selbst liegenden Umständen zu ihrer Auslegung angewiesen. Schon diese Notwendigkeit rechtfertigt die allgemeine Meinung, daß zur Erläuterung formbedürftiger und deshalb formalisierter Erklärungen auch die formlosen Außenumstände verwendet werden dürfen und müssen. Vor allem aber widerspricht deren Heranziehung nicht den Zwecken des Formenzwanges, so daß eine Unterscheidung von den formfreien Erklärungen nicht geboten ist. Denn die Auslegung nimmt ja keinerlei Veränderung des Erklärungsinhalts vor, sie fügt ihm keine neuen der Form ermangelnden Bestandteile bei, sie macht ihn lediglich in dem Umfange, wie er formrichtig geschaffen wurde, deutlich. Sind Lücken in der Willenserklärung vorhanden, so endet die Auslegung mit deren Feststellung; ihre Ausfüllung gehört nicht mehr zu den Funktionen der Auslegung und vollzieht sich nach ganz anderen Gesichtspunkten und Regeln. Der Rechtsfolgewille, der durch die Auslegung in der Willenserklärung zur Wirksamkeit gebracht werden soll, mag in ihr

75) Manigk, Irrt. u. Ausleg., S. 115.
76) Kipp bei Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts, § 84, Anm. *, S. 444.
77) Siegel, Funktionen d. Urkunde, § 8, S. 39.

noch so undeutlich erkennbar sein,[78] er muß jedenfalls in ihr vorhanden sein, sonst kann ihm die Auslegung keine positive Geltung verschaffen. Der mit Hilfe der auswärtigen formlosen Umstände festgestellte Erklärungsinhalt ist also im Wesen und Umfang mit dem von vornherein formalisierten Inhalt eins.[79] Daß dieser nicht von Anfang an in dem richtigen Sinne offenbar wurde, liegt nicht daran, daß er damals noch unvollständig gewesen wäre, sondern an der Unzulänglichkeit der dem Menschen zur Äußerung des Willens zur Verfügung stehenden Mittel, insbesondere der Sprache, oder an der mangelnden Fähigkeit oder dem fehlenden Willen vieler Menschen, von den Aeußerungsmitteln richtigen Gebrauch zu machen.[80] Diese Mängel einzuschränken oder zu beseitigen, kann **nicht** Zweck der Formvorschriften sein, denn dazu sind sie gar nicht imstande, weil auch sie die Anwendung der Erklärungsmittel in freier Wahl voraussetzen und lediglich deren Einkleidung in ein bestimmtes äußeres Gewand verlangen; vielmehr bedürfte es dazu nicht bloß einer Beschränkung der **Form**, in der die Aeußerungsmittel vorzubringen sind, sondern auch einer Beschränkung ihrer **Auswahl und Zusammenstellung**, also über den Zwang zur Formalisierung hinaus noch eines solchen zur Formularisierung, wie er sich auch vereinzelt im geltenden Rechte findet, z. B. in der Vorschrift, daß der Wechseltext das Wort Wechsel enthalten muß. Die Funktion der Auslegung liegt mithin außerhalb der Wirkungsgrenze der Formvorschriften und kann deshalb mit deren Zwecken nicht in Widerspruch geraten. Daher genügt es, wenn parteigeschaffene Umstände, die — mögen sie von vornherein dazu bestimmt gewesen sein oder sollten sie ursprünglich weitergehenden Zwecken dienen — in dem konkreten Falle zur Auslegung herangezogen werden können, **formlos** vorhanden sind.

Nicht anders liegt es, wenn die Parteien eines formbedürftigen und formrichtig abgeschlossenen Vertrages formlos eine Vereinbarung darüber getroffen haben, wie ihre Erklärungen oder einzelne Ausdrücke ausgelegt werden sollen. Sie ist insoweit wirksam, als der vereinbarte Sinn in der formellen Erklärung, sei es auch nur

78) Das genügt, ist aber auch Mindesterfordernis. Siehe hierzu **Manigk**, Irrt. u. Ausleg., S. 201; v. **Tuhr**, Allg. Teil, § 64, S. 538, Zeile 5; RG. in Seuff.Arch. 60, S. 433, Nr. 227; RG. in Gruch. Beitr. 52, S. 426. — A. A.: **Danz**, Auslegung, S. 92.

79) Vgl. die Bemerkung bei **Staub**, Komm. z. HGB., Anm. 79 zu § 350, S. 287, daß bei der Auslegung einer Urkunde „kein Widerspruch zwischen urkundlichem Inhalt und mündlicher Nebenberedung besteht, sondern die Parteien vielmehr ihrem Willen einschließlich der Nebenberedung in der Urkunde Ausdruck gegeben zu haben glauben."

80) Vgl. Titze, Mißverständnis, § 8, S. 78.

schwach, zum Ausdruck gekommen ist.[81] Ist der vereinbarte Sinn zwar in der formellen Erklärung nicht feststellbar, enthält diese aber eine Verweisung auf die formlose Auslegungsvereinbarung, dann erhält in den Fällen, in denen nach den Darlegungen oben unter c) die Verweisung wirksam ist, der Vertrag den gewollten Sinn; allerdings nicht kraft Auslegung, sondern weil der sich äußerlich für eine Auslegungsregel ausgebende Inhalt der formlosen Vereinbarung von der Form der Verweisung umfaßt und in den formrichtigen Erklärungsinhalt einbezogen wird. Dagegen ist eine formelle Verweisung, in der lediglich erklärt wird, daß gewisse formlose Außenumstände zur Auslegung herangezogen werden sollen, ohne nützende wie ohne schadende Wirkung; denn alle Außenumstände sind auch ohne eine solche Verweisung zur Auslegung heranzuziehen, an den allgemeinen Auslegungsregeln aber will jene ihrem eigenen Inhalte nach nichts ändern.

Unter den zur Auslegung heranzuziehenden formlosen Außenumständen spielen bei Verträgen eine bedeutende Rolle die Nebenabreden, so genannt nicht, weil sie nebensächliche Punkte beträfen, sondern weil sie neben dem formrichtigen Geschäftsinhalt — vor oder gleichzeitig mit dessen Errichtung — formlos vereinbart worden sind. Sie sind zumeist verkrachte Existenzen, dann nämlich, wenn sie nach dem Willen der Parteien Vertragsbestandteile werden sollten, dieses Ziel aber wegen ihres Formmangels nicht erreicht haben. In denjenigen Fällen, in denen die Gültigkeit des formrichtigen Teiles des Geschäfts durch das Vorhandensein formloser Nebenabreden nicht berührt wird, finden diese wenigstens als Auslegungsmittel Verwendung.[82] Ob sie als solche eine positive Wirkung zeitigen, hängt natürlich auch hier davon ab, ob der sich aus ihnen ergebende Rechtsfolgewille auch in der formellen Er-

81) So auch Achilles-Greiff, BGB., Note 2 zu § 125, S. 47, unter Verweisung auf die RGE. JW. 1904, 356, Nr. 5, in der es heißt: „.... eine übereinstimmende Erklärung der Parteien darüber, in welchem Sinne eine bestimmte Vorschrift des schriftlichen Vertrages zu verstehen wäre, — eine Erklärung, die unter der Voraussetzung den Richter für seine Auslegung der Vertragsbestimmung bindet, daß in dem gewählten Ausdruck der behauptete Sinn gefunden werden kann.“ — Hingegen nicht ganz zutreffend Warneyer, Komm., Erl. III zu § 125, S. 200: „Daher können formlose Nebenabreden zur Auslegung formbedürftiger Geschäfte nur verwendet werden, wenn sie darin einen wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden haben, oder wenn sie gerade der Auslegung des schriftlichen Vertrages dienen sollen.“ In Wahrheit liegt hier keine Alternative vor.

82) So die allgemeine Meinung: Plancks Komment., Erl. 4, a, γ zu § 125; Enneccerus, Lehrb., S. 382; Staudingers Komment., Erl. I, 5, b (S. 521) und I, 5, b, α, (S. 521—22) zu § 125; Warneyer, Kommentar, Erl. III zu § 125 (S. 200) — siehe jedoch dazu Fußnote 81; Brückner, Recht 1900, S. 344 links, I, 5, a und S. 344 rechts, II, 2, b; Kiehl im RGRK., Erl. 6 zu § 125, S. 183; Staubs Kommentar zum HGB., Anm. 71 zu § 350, S. 281.

klärung erkennbar ist. Bei den formlosen Nebenabreden tritt ineinandergreifend eine Anwendung der den Formenzwang begründenden Vorschriften und der Auslegungsregeln ein, zu dem Zwecke, festzustellen, ob der Vertrag die gewollte Rechtsfolge herbeizuführen imstande ist. Der Vorgang ist hierbei folgender: Besteht neben dem formrichtigen Vertrage eine formlose Abrede, so ist zunächst zu prüfen, ob sie von den Parteien als Vertragsbestandteil gewollt war; das geschieht durch Auslegung der formlosen Abrede. Ist das Ergebnis bejahend, so gefährdet die Nebenabrede durch ihre Formlosigkeit den Eintritt der mit dem Vertrage bezweckten Rechtsfolgen. Denn der Vertrag ist nicht so, wie er gewollt ist, in die gehörige Form gebracht. Es tritt deshalb grundsätzlich diejenige von der gewollten abweichende Wirkung ein, welche von der einzelnen Formvorschrift für den Fall ihrer Nichtbeachtung festgesetzt ist, so Ausfall jeglicher Rechtsfolgen (Nichtigkeit) — wie z. B. beim Grundstücksveräußerungsvertrag, §§ 313, 125 I BGB —, Ausfall nur gewisser Rechtsfolgen — wie beim Lehrvertrag, §§ 126 b, 127 d GewO. —, Umänderung gewollter Rechtsfolgen („Fehlwirkung")[83] — wie beim langfristigen Grundstücksmietvertrag, § 566 BGB. — usw. Der Vertrag bleibt jedoch so, wie er gewollt ist, gültig, wenn durch einen zweiten Schritt in der Auslegung festgestellt wird, daß der in der Nebenabrede geäußerte Rechtsfolgewille der Parteien auch in den formrichtigen Vertragserklärungen, wenn auch versteckt und nur mit Hilfe der Nebenabrede als Auslegungsmittel, noch erkennbar ist. Denn hierdurch stellt es sich heraus, daß die Nebenabrede auch die volle gewollte Wirkung hervorbringen kann, wenn sie nur als Auslegungsmittel gewürdigt wird; als solches aber darf sie trotz ihrer Formlosigkeit herangezogen werden. Wer sich mit dem Schicksal formloser Nebenabreden bei formbedürftigen Verträgen befaßt, wird an diesem wichtigen Berührungspunkte der Formenzwangs- mit den Auslegungsnormen nicht vorübergehen dürfen und die Nebenabreden in zwei Hauptgruppen zu teilen haben: diejenigen, die nach ihrem eigenen Inhalte und dem der formrichtigen Vertragsurkunde zu deren Auslegung geeignet sind, und diejenigen, die es nicht sind. In dem umfangreichen Schrifttum, das über die Geltung der formlosen Nebenabreden besteht, ist das meines Wissens noch nicht geschehen. Für die vorliegende Arbeit ist das weitere Schicksal der nicht zur Auslegung verwendbaren formlosen Abreden und ihr Einfluß auf den Vertrag ohne

---

83) Reichel, Arch.ziv.Pr. 104, S. 64.

Belang, da hier nur die formbedürftigen Teile eines Rechtsgeschäfts gegenüber den formfreien festgestellt werden sollen. Hierzu ergibt sich aus dem eben Ausgeführten der Satz: Abreden, deren Inhalt in dem formrichtigen Teile des Vertrages schon so enthalten ist, daß es ihrer Hinzuziehung lediglich zur Erkennbarmachung ihres Inhalts in den formellen Erklärungen bedarf, unterliegen nicht dem Formenzwange. In gleichem Sinne wird von einer Rechtswirksamkeit der formlosen Nebenabreden von Staub[84] und Brückner[85] gesprochen. Dernburg sieht zu schwarz, wenn er feststellt: „Das BGB. enthält keine besonderen Bestimmungen darüber, inwiefern mündliche Erklärungen der Parteien gegenüber privatwirtschaftlichen oder öffentlichen Urkunden über ein Rechtsgeschäft in Betracht kommen. Die einschlagenden Fragen sind vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden.“[86] Die §§ 125 und 133 mit 157 BGB. bilden vielmehr zusammen die gesetzliche Grundlage für die Entscheidung dieser Frage.

Alle Aeußerungen des Rechtsfolgewillens, die als Bestandteile des Rechtsgeschäfts gewollt sind und nicht unter a) bis d) fallen, gehören zum Begriffe des Inhalts der formbedürftigen Erklärung und unterliegen somit dem Formenzwange. Es zeigt sich also, daß für eine Unterscheidung wesentlichen und unwesentlichen Geschäftsinhalts kein Raum ist. Abhängig ist die Formgebundenheit der Bestandteile lediglich von dem Parteiwillen (zur Zeit der Geschäftserrichtung), insofern dieser darüber entscheidet, ob der betreffende Erklärungsteil zum Rechtsgeschäft gehören soll oder nicht. (Welches die Folgen sind, wenn ein für den Begriff des beabsichtigten Geschäfts notwendiger Bestandteil sich als nicht zum Geschäftsinhalt gehörend gewollt ergibt, ist aus den Vorschriften des Gesetzes über die begriffswesentlichen Teile der Vertragstypen und aus § 154, I, 1 BGB. zu entnehmen.) Beim gesetzlichen und im Zweifel auch beim rechtsgeschäftlichen Formenzwang ist also, wenn die Form für „das Rechtsgeschäft“ schlechthin vorgeschrieben ist, der ganze Umfang der hier als „Inhalt der Erklärung“ ermittelten Erklärungsteile formbedürftig. In der gleichen Umgrenzung ist

84) Staubs Komm. z. HGB., Anm. 71 zu § 350, S. 281: „Daher sind formlose Nebenabreden gültig und bedeutsam, wenn sie nur zur Auslegung dessen dienen, was schon in der Urkunde, wenn auch unvollkommen, zum Ausdruck gekommen ist.“

85) Brückner, Vor- und Nebenberedungen, Recht 1900, S. 344 l., I, 5: „. . . Fälle, in welchen die vor und bei Abschluß eines formellen Vertrages erfolgten mündlichen Abreden der Beteiligten rechtswirksam werden können. Sie können nämlich . . . zur Auslegung unklarer oder zweifelhafter Bestimmungen der Vertragsurkunde . . . dienen.“

86) Dernburg, Bürg. Recht, I. Bd., § 140, I, S. 422.

der ganze Erklärungsinhalt zu beurkunden, wenn sich aus einer Formvereinbarung Formzwang für „das ganze Rechtsgeschäft“ ergibt. Beim rechtsgeschäftlichen Formzwange ist aber zu beachten, daß dieser selbst dann, wenn er anfänglich für „das ganze Rechtsgeschäft“ oder für „das Rechtsgeschäft“ schlechthin gegeben war, durch ein späteres neues Rechtsgeschäft des zur Verfügung über die Form Berechtigten aufgehoben oder beschränkt werden kann. Wird eine Abrede formlos mit dem übereinstimmenden Willen der Parteien getroffen, den Formzwang für diese Abrede außer Kraft zu setzen, so liegt darin eine Abänderung der Formvereinbarung[87], und die formlose Gültigkeit der Abrede beruht nicht auf einer Veränderung des Begriffes des Erklärungsinhalts, sondern auf der Beschränkung des Formenzwanges. Und es ist ferner zu beachten, daß nicht jede rechtsgeschäftliche Formvereinbarung einen Formenzwang, d. h. die Androhung materiell-rechtlicher Nachteile für den Fall der Nichtbeachtung der Form enthält, sondern daß nach dem Willen der Parteien die Gültigkeit des Geschäfts von der Form unabhängig sein kann, weil sie andere Zwecke als die einer Erleichterung und Sicherung der Beweislichkeit mit der Formvereinbarung nicht verfolgt haben. Ein Formzwang, zu dessen Wesen es gehört, daß er sich von selbst durchsetzt, liegt in solchem Falle nicht vor. Es hat lediglich die eine an der Formvereinbarung beteiligte Partei gegen die andere einen Anspruch auf Erfüllung der Form. Der Umfang dieses Anspruchs richtet sich nach der Beweiserheblichkeit der Urkunde für die einzelnen Teile des Rechtsgeschäfts.

B. In den bisher behandelten Fällen genügt zur Feststellung der formbedürftigen Teile des Rechtsgeschäfts die Ermittlung, welche Erklärungsteile zum Inhalte des Rechtsgeschäfts, dessen Begriff für das Gebiet des Formenrechts im Vorstehenden abgegrenzt wurde, gehören. Erklärungsinhalt und Umfang der formbedürftigen Geschäftsteile decken sich.

Bisweilen reicht dagegen diese eine Ermittlung nicht aus; eine zweite muß der ersten folgen und durch sie festgestellt werden, welche von den Erklärungsbestandteilen, die sich als „Inhalt“ des Rechtsgeschäfts im Sinne des Formenrechts erwiesen haben und somit generell als Gegenstand des Formenzwangs in Betracht kommen, im Einzelfalle der Form unterworfen sind. Den Anlaß zu dieser

87) Vgl. Neumann, Handausgabe, Erl. III, 1 zu § 125 (S. 128).

weiteren Prüfung kann entweder der Inhalt der Einzelformvorschrift oder aber die Gestaltung des Geschäftsinhalts geben, und hiernach teilen sich die nun zu behandelnden Fälle in zwei Gruppen: bei der einen verlangt die *Formvorschrift* die Wahrung der Form *nicht für das ganze Rechtsgeschäft*; bei der anderen ist der *Inhalt* des Rechtsgeschäfts *seinem Gegenstande nach nicht einheitlich*, sondern es liegt eine engere oder weitere Verbindung verschiedener rechtsgeschäftlicher Gegenstände, die selbständig nicht alle einem gleich starken Formerfordernis unterworfen sein würden, vor.

a) Beim *rechtsgeschäftlichen* Formenzwange ist allein die Formverfügung für den Umfang des Formerfordernisses maßgebend. Durch ihre Auslegung muß nicht nur festgestellt werden, *daß* das Rechtsgeschäft nur teilweise an die Form gebunden werden sollte, sondern auch, *welche* Teile für formbedürftig erklärt sind. Führt die Erforschung des Parteiwillens in der Formverfügung[88] nur zu dem Ergebnis, daß zwar bestimmt nicht das ganze Rechtsgeschäft mit der Form beschwert werden sollte, daß aber die formbedürftigen oder die formfreien Teile nicht bezeichnet sind, so müssen diese im Wege der „*ergänzenden Auslegung*" festgestellt werden, indem der mangelhafte parteigeschaffene Tatbestand nach objektiven Gesichtspunkten, insbesondere nach der Verkehrssitte, gewürdigt wird. Zu beachten ist, daß die Formvereinbarung selbst durch eine anderweite Uebereinkunft der Parteien jederzeit geändert werden kann, daß daher ausdrücklich oder auch stillschweigend ein formloser Erklärungsteil noch bei seiner Schaffung und womöglich nur *durch* seine Schaffung für nicht formbedürftig erklärt werden kann.

Bleibt beim *gesetzlichen* Formenzwange der Umfang des formbedürftigen Geschäftsteils hinter dem Umfang des Erklärungsinhaltsbegriffes zurück, so ist das in der betreffenden Formvorschrift zum Ausdruck gebracht und es ist zugleich auch der formbedürftige Teil benannt. Solche Fälle sind übrigens nur in *der* Weise gesetzt, daß bei gewissen Verträgen nur die Erklärung der einen Partei der Form unterworfen ist. Diese Verträge sind: die Schenkung (§ 518 BGB.), der Leibrentenvertrag (§ 761 BGB.), die Bürgschaftsübernahme (§ 766 BGB.), das Schuldversprechen (§ 780 BGB.), das Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB.) und die Abtretung einer durch Briefhypothek gesicherten Forderung

---

88) Von *Frei*, Form d. Rechtsgeschäfte, als gemeinsame Bezeichnung für Formvereinbarungen und einseitig-rechtsgeschäftliche Formvorschriften geprägter Ausdruck.

(§ 1154 BGB.). Stets ist hier die Erklärung derjenigen Partei formbedürftig, die durch den Vertrag belastet wird. Es wird bisweilen im Schrifttum angenommen, daß auch für die Erklärung dieser Partei der Formzwang nur in dem Umfange bestehe, als die betreffende Geschäftsäußerung der Partei von Nachteil sei.[89] Diesem Satze kann nicht Gefolgschaft geleistet werden. Bei seiner Widerlegung ist nach dem Zweck der einzelnen Formvorschriften zu unterscheiden. Die Abtretung der Forderung nach § 1154 BGB. ist aus Gründen des öffentlichen Interesses an die Form geknüpft. Weil die Uebertragung der Forderung zugleich den Uebergang der Hypothek bewirkt (§ 1153), diese aber als dingliches Recht an einem Grundstück dem Erfordernis der öffentlichen Erkennbarkeit unterliegt, muß der rechtsgeschäftliche Wechsel in der Person des Forderungsberechtigten urkundlich niedergelegt (und dazu noch der Hypothekenbrief übergeben) werden.[90] Daß hierin der Zweck der Formvorschrift des § 1154 Abs. I liegt, ist auch daraus ersichtlich, daß durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch die Form ersetzt werden kann. Die Eintragung muß in diesem Falle alle Punkte der Abtretungserklärung vollständig enthalten; denn andernfalls greift die Fiktion der Unfehlbarkeit des Grundbuchs (§ 892 BGB.) auch für die persönliche Forderung (soweit sie zur Geltendmachung der Hypothek herangezogen wird) Platz (§ 1138 BGB.). Dementsprechend muß auch die schriftliche Abtretungserklärung vollständig sein, da es ihr Zweck ist, der Wahrung des nämlichen öffentlichen Interesses zu dienen, dem sonst durch die Grundbucheintragung Genüge geschieht. Hier ist also für eine Beschränkung des Umfanges der formbedürftigen Teile der Erklärung kein Platz. — Bei den übrigen der oben aufgezählten Rechtsgeschäfte ist die Formvorschrift nicht wegen eines öffentlichen Interesses gegeben. Bei ihnen dient sie in erster Reihe dem Schutze der sich verpflichtenden Partei vor Uebereilung oder Unüberlegtheit. Bisweilen kommen aber hier noch weitere Zwecke hinzu. So bei dem Schuldversprechen und dem Schuldanerkenntnis der, dem Gläubiger Sicherheit über den Umfang des Versprochenen und eine klare Abgrenzung des ihm rechtswirksam Geschuldeten von dem bloß unverbindlich Zugesagten zu bieten. Bei der Bürgschaft ist hinsichtlich zweier anderer Beteiligten derselbe Grund für die Form-

---

89) Cosack, Lehrb., I. Bd., § 84, II, 2, b (S. 199); Plancks Komm., Erl. 4, a, α zu § 125; Neumann, Handausgabe, Erl. IV, 3, a zu § 125 (S. 130); Ebbecke, Formvorschr., Sp. 647.

90) Vgl. Motive III, S. 749, α.

vorschrift maßgeblich: dem Zessionar und dem Schuldübernehmer soll eine Sicherheit über den Umfang der Bürgschaft, die für die Schuld besteht, gewährt werden. Tritt nämlich der Gläubiger den Anspruch ab, so greift § 401 BGB. ein: die Rechte aus der Bürgschaft gehen auf den neuen Gläubiger über. Ein gutgläubiger Erwerb solcher Rechte, die etwa im Einzelfalle zugunsten des Bürgen ausgeschlossen worden sind, findet nicht statt. Und schließt der Schuldner mit einem Dritten unter Genehmigung des Gläubigers einen Schuldübernahmevertrag ab, so wird durch dieses Rechtsgeschäft nach § 767 Abs. I Satz 2 die Haftung des Bürgen nicht erweitert. Zessionar und neuer Gläubiger haben also ein berechtigtes Interesse daran, den Umfang der Verpflichtung des Bürgen aus der Urkunde über die Bürgschaftserklärung zu ersehen. Daß der Fall einer Abtretung oder einer Schuldübernahme eintritt, ist ebenso nahe- oder fernliegend wie die Möglichkeit, daß ein vermietetes Grundstück verkauft wird, und diese bildet sogar für die Formvorschrift beim langfristigen Grundstücksmietvertrage den einzigen Grund. — Vor allem aber bietet bei allen den hier genannten Formvorschriften das Gesetz selbst keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß es sich mit einer Beurkundung der den Erklärenden belastenden Teile der formbedürftigen Erklärung begnügen wollte. Es besteht deshalb keine Veranlassung, von dem Grundsatze abzuweichen, daß, wenn ein Rechtsgeschäft (hier die einseitige Erklärung) schlechthin für formbedürftig erklärt ist, der Formzwang sich auf alle Teile des Rechtsgeschäfts bezieht. Die Vertreter der abgelehnten Auffassung stützen sich auf Entscheidungen des Reichsgerichts. In der Tat hat dieses mehrmals die Gültigkeit einschränkender mündlicher Abreden neben der schriftlichen Bürgschaftserklärung[91] und dem Schuldversprechen[92] ausgesprochen. Zur Begründung hat das Reichsgericht angeführt, einengende und abschwächende Nebenabreden belasteten und verpflichteten nicht den Bürgen, sondern den Gläubiger, für dessen Erklärungen eine Schriftform im Gesetze nicht vorgeschrieben sei.[93] Das ändert aber nichts daran, daß sich solche Abreden ihrem Inhalte nach auf die Bürgschaftserklärung beziehen und vom Bürgen zu erklären sind. An anderer Stelle sucht das Reichsgericht einer formlosen Bedingung zugunsten des Bürgen dadurch die Rechtswirksamkeit zu verschaffen, daß es einen selbständigen Neben-

91) RG. Warneyer 1908, Nr. 149, 1909, Nr. 340; RG. 71, 415.
92) RG. Warneyer 1910, Nr. 277.
93) RG. 71, 415.

vertrag annimmt, durch den sich der Gläubiger verpflichtet habe, Ansprüche aus der Bürgschaft nur unter der Bedingung geltend zu machen.[94] Diese Konstruktion ist unhaltbar. Der Wille der Parteien wird im Zweifel nicht darauf gerichtet gewesen sein, zwei Rechtsgeschäfte nebeneinander abzuschließen. Selbst wenn aber das Gegenteil erwiesen werden sollte, muß doch der formlosen Nebenabmachung die Wirksamkeit versagt werden, weil die Parteien es nicht in der Hand haben, nach ihrer Willkür Teile eines formbedürftigen, von Natur einheitlichen Rechtsgeschäftes zu trennen. Gegen die Zulassung formloser Nebenabreden „als einen neben dem Hauptvertrage herlaufenden selbständigen Nebenvertrag" wendet sich auch Buck[95]. Gerade in eben derselben Entscheidung setzt sich aber das Reichsgericht zu den früher angeführten in Gegensatz und läßt die Bürgschaft erleichternde Bedingungen als formlose Teile der Bürgschaftserklärung nicht zu. Es heißt dort: „Jedenfalls kann nun einer Bürgschaft, die nach § 766 BGB. der Schriftform bedarf..., nicht außerhalb der Urkunde noch eine Bedingung hinzugefügt werden. Eine Bürgschaft ist entweder bedingt, oder unbedingt; hier ist nun eben eine bedingte Bürgschaft keinesfalls in der gehörigen Form erklärt; was so erklärt ist, ist nur eine unbedingte." Es handelt sich in diesem Falle wohlgemerkt um eine die Bürgschaft erleichternde Bedingung, nämlich die, daß die Haftung des Bürgen von der Gewährung eines Moratoriums an den Hauptschuldner abhängen solle. Die Entscheidung ist in diesem Teile durchaus zutreffend und wäre auch in den vorhin genanten Fällen, in denen das Reichsgericht den entgegengesetzten Standpunkt vertrat, angebracht gewesen.

b) Die Verbindung mehrerer rechtsgeschäftlicher Gegenstände, bei denen für einen oder etliche eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, während die übrigen an sich formfrei sind oder nur einer schwächeren Form bedürfen, kann die Bindung an die zuerst gedachte Form auch für die sonst ohne sie gültigen Erklärungen bewirken. Es ist dies die zweite Gruppe derjenigen Fälle, in denen die Feststellung, daß eine bestimmte rechtsgeschäftliche Aeußerung unter den Begriff des Erklärungsinhalts fällt, für die Beantwortung der Frage nach ihrer Formbedürftigkeit nicht ausreicht. War bei der eben behandelten ersten Gruppe ein Teil aus der Masse dessen, was Inhalt des Rechtsgeschäfts ist, herauszugreifen

94) RG. 65, 48.

95) Buck, Nachträgliche Vereinbarungen, in Gruch. Beitr. 48, S. 725. Buck bringt aus den verschiedensten Richtungen Gründe für die richtige Ansicht bei.

und abzugrenzen, weil die Formvorschrift nur einen Teil des ganzen Rechtsgeschäfts betrifft, so ist jetzt umgekehrt zu prüfen, wie weit der Formenzwang von dem Inhalt des unmittelbar allein für formbedürftig erklärten rechtsgeschäftlichen Gegenstandes auf die Inhalte der anderen, die mit ihm verbunden sind, übergreift. Nur selten ist der mit einem Rechtsgeschäft bezweckte rechtliche Erfolg so einheitlich, daß das Rechtsgeschäft nur einen einzigen Geschäftspunkt umfaßt. Selbst beim gewöhnlichen Barkauf von Gegenständen des täglichen Bedarfs wird außer den Rechten auf Uebereignung von Ware und Preis meist noch eine Berechtigung des Käufers, die Ware gegen andere umzutauschen, geschaffen. Dem zusammengesetzten Rechtseffekt braucht aber nicht stets ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft zu entsprechen, durch das er hervorgerufen wird. Ein solches liegt nur vor, wenn ein einheitlicher rechtsgeschäftlicher Tatbestand aus Teilen zusammengesetzt ist, die auch einzeln für sich geschaffen werden könnten. Bei dem Kauf mit Umtauschklausel ist der rechtliche Effekt aus mehreren Rechten und Pflichten zusammengesetzt, das verursachende Rechtsgeschäft aber ist unzerlegbar, weil die Umtauschklausel vom Kaufe abgetrennt nicht bestehen kann. Andererseits können auch mehrere nebeneinander bestehende Rechtsgeschäfte auf denselben rechtlichen Enderfolg gerichtet sein. Die Uebereignung einer Sachgesamtheit z. B. — um einen Fall herauszugreifen, in dem für den zusammengesetzten Rechtseffekt sogar ein einheitlicher Begriff besteht — wird durch mehrere dingliche Verträge bewirkt. An diesen Beispielen zeigt sich: das zusammengesetzte Rechtsgeschäft ist nach zwei Seiten abzugrenzen: es unterscheidet sich von dem von Natur einheitlichen Rechtsgeschäft und von der Verbindung rechtlich selbständiger Geschäfte. Hierüber herrscht im Schrifttum oft nicht die genügende Klarheit. Schon äußerlich zeigt sich das an dem Mangel einer einheitlich durchgeführten Terminologie. Zwei treffliche Darsteller hat aber das Gebiet in Staub und Riehl gefunden.[96]

α) Die Bestandteile eines von Natur einheitlichen Rechtsgeschäfts sind selbständig nicht denkbar. Soweit sie Essentialien sind, können sie nur alle zusammen das Rechtsgeschäft wirksam zur Entstehung bringen; soweit sie Nebenpunkte betreffen, setzen sie das Vorhandensein eines Mindesttatbestandes des Rechtsgeschäfts,

---

96) Staubs Koomm. z. HGB., § 350, Anm. 6, 18, 26, 26 a, 27, 39, 74 a, 74 b. Riehl, Formerfordernis betreffs der mit einem Grundstücksveräußerungsvertrage verbundenen Nebenverträge, Recht 1923, Sp. 90 ff.

auf den sie sich beziehen und den sie lediglich modifizieren, voraus. Fällt einer der Bestandteile eines von Natur einheitlichen Rechtsgeschäfts aus irgendeinem Grunde aus, so ist, sofern überhaupt nach dem maßgeblichen Geschäftswillen der Rest Wirksamkeit erlangt,[97] ein anderes Rechtsgeschäft als das ursprünglich beabsichtigte errichtet. Von jeder einzelnen Bestimmung, mag sie auch objektiv oder nach Ansicht der Parteien noch so nebensächlich sein, hängt der ganze Inhalt des Rechtsgeschäfts ab. Sämtliche Erklärungsbestandteile stehen miteinander auf Grund ihres eigenen Wesens in innerem Zusammenhange; daher rührt die Bezeichnung dieser Rechtsgeschäfte als von Natur einheitlich.[98] Nur von den von Natur einheitlichen Geschäften war vor diesem Abschnitt die Rede.

Ihnen sind die zusammengesetzten Rechtsgeschäfte darin gleich, daß sie ebenfalls als einheitliche Gebilde anzusehen sind; doch beruht bei ihnen der innere Zusammenhang ihrer Teile auf Willkür. Die Parteien haben Aeußerungen, die auch als selbständige Rechtsgeschäfte bestehen könnten, so in rechtlichen Zusammenhang gebracht, daß ihre Gesamtheit ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellt. Nur für Gebilde dieser Art ist die Bezeichnung zusammengesetztes Rechtsgeschäft gerechtfertigt; handelt es sich um Verträge, so wird auch von Gesamtvertrag oder gemischtem Vertrag gesprochen. Erforderlich ist, daß „zwischen den Bedingungen der mehreren Geschäfte ein innerer Zusammenhang besteht, daß also die Leistungspflichten aus dem einen Geschäfte durch die des anderen in irgend einer Art beeinflußt sind, oder daß zwischen ihnen ein Abhängigkeitsverhältnis besteht.“[99] Liegen diese Voraussetzungen vor, dann ist innerer oder rechtlicher Zusammenhang der mehreren Geschäfte gegeben, oder die mehreren Geschäfte bilden eine rechtliche Einheit; alle drei Ausdrücke bedeuten hier dasselbe. Empfehlenswert wäre es aber, bei der gewillkürten inneren Zusammengehörigkeit nur von rechtlichem Zusamenhang zu sprechen und den Ausdruck „innerer Zusammenhang“ bloß dann anzuwenden, wenn Einheitlichkeit von Natur vorliegt. Ist für eines der Teilgeschäfte eine Form vorgeschrieben, so muß sie füglich für den ganzen Umfang des zusam-

97) Bei Verträgen kommen hier die §§ 154, 155 BGB. zur Anwendung.

98) Diese Bezeichnung bezieht sich also nicht etwa bloß auf die gesetzlichen Geschäftstypen, die von der Natur als einheitliche Rechtsgeschäfte geschaffen und so vom Gesetzgeber festgelegt seien; sondern von Natur einheitliche Rechtsgeschäfte sind solche, deren Einheitlichkeit auf der Natur ihrer nur als Einheit denkbaren „Teile“ beruht.

99) Kiehl, Recht 1923, Sp. 92. Vgl. Staub, a. a. O. Anm. 26, S. 254; Anm. 27, S. 259; Anm. 39, S. 264.

mengesetzten Geschäfts beobachtet werden. Das gilt nicht nur, wenn derjenige Teil, für den die Formvorschrift besteht, als Hauptgeschäft, der andere als Nebengeschäft anzusehen ist, sondern ebenso, wenn der Fall umgekehrt liegt, oder wenn wirtschaftlich beide Teile für die Parteien gleichbedeutend sind. Vergleichsweise sei darauf hingewiesen, daß von beweglichen Sachen, die durch Verbindung wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache werden, nicht stets die eine als Hauptsache anzusehen ist (§ 947 Abs. 1 und 2 BGB.) Unterliegt das Nebengeschäft der stärkeren Formbedürftigkeit, wird z. B. in rechtlichem Zusammenhange mit einem privatschriftlich gültigen langfristigen Pachtvertrage über ein Grundstück die Veräußerung einer unbedeutenden Parzelle vereinbart, so wird das Hauptgeschäft von dem Formenzwang für das Nebengeschäft deshalb erfaßt, weil in ihm Bedingungen des Nebengeschäfts enthalten sind. Sind die mehreren Geschäfte gleichbedeutend, so ist jedes zugleich Teil jedes anderen.

Wird einer der Teile des zusammengesetzten Rechtsgeschäfts nicht in die gehörige Form gebracht, und ist er deshalb gemäß der mit der Formvorschrift verbundenen Drohung nichtig, so greift § 139 BGB. Platz. Ihrem eigenen Begriffe nach könnten die übrigen Teile gültig sein; denn sie haben ja die Möglichkeit selbständig zu bestehen, wenn sie nur gewollt sind. Aber die innere Verbundenheit der mehreren Teile bewirkt die grundsätzliche Nichtigkeit des ganzen Geschäfts. Nur ausnahmsweise ist der formgerechte Teil gültig, wenn „anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde" (§ 139 BGB.): Nur auf zusammengesetzte Rechtsgeschäfte bezieht sich § 139, weil er eine Zerlegbarkeit des Rechtsgeschäfts in Teile voraussetzt, die unabhängig voneinander bestehen können, so daß die Ungültigkeit des einen nicht schon begriffsnotwendig die Nichtigkeit des Ganzen herbeiführt. Diese Voraussetzung ist nur beim zusammengesetzten Rechtsgeschäft erfüllt. — Beim von Natur einheitlichen Rechtsgeschäft kann jeder Nichtigkeitsgrund nur das ganze Geschäft betreffen, weil dieses als Ganzes von der Wirksamkeit jedes einzelnen Bruchteils abhängt; ist ein solcher z. B. nicht in die erforderliche Form gebracht, so ist das Rechtsgeschäft nicht so, wie es gewollt ist, beurkundet und deshalb nichtig, ohne daß es erst zur Anwendung des § 139 kommen kann.[100] Es entspricht wohl der

100) Riehl, a. a. O., Sp. 91, u. RGRK., Anm. 1 zu § 139, S. 216. Staub, a. a. O., Anm. 74 a, α, S. 283. — A. A.: Oertmann, Allg. Teil, Erl. 2 b, β zu § 139, S. 508.

Billigkeit, den erhaltenden Teil des § 139 auf von Natur einheitliche Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden, etwa in der Fassung: Wird die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts durch Gründe verursacht, die nur bei einem Bruchteil des Rechtsgeschäfts vorliegen, so gilt der übrige Teil als Rechtsgeschäft, wenn anzunehmen ist, daß dieses so an Stelle des nichtigen vorgenommen worden wäre. Es liegt dann Konversion vor genau so wie in dem folgenden § 140. Voraussetzung dafür ist, daß der Rest seinem Inhalte nach überhaupt noch ein vollständiges Rechtsgeschäft darstellen kann, daß also nicht beispielsweise ein vertrags-begriffswesentlicher Bestandteil (wie beim Kaufe der Preis) weggefallen ist. Die entsprechende Anwendung der Ausnahmevorschrift im § 139 auf die von Natur einheitlichen Geschäfte wird auch von Kiehl im Reichsgerichtsrätekommentar befürwortet.[101] Ihre unmittelbare Anwendung ist dagegen ausgeschlossen. Verfehlt ist es auch, hier die §§ 154, 155 BGB. heranzuziehen, wie dies Eck[2] tut. Diese Vorschriften zeigen an, wann beim Vertrage die Willenseinigung als zustande gekommen anzusehen ist; ist aber ein Bruchteil des Rechtsgeschäfts nicht in die gehörige Form gebracht, so ist die materielle Einigung vorhanden, und ihre Unwirksamkeit beruht nur auf einem äußeren Mangel. § 154 Abs. II steht dem nicht entgegen, denn seine Bedeutung liegt ausschließlich auf einem ganz anderen Gebiete: eine Formvereinbarung künftiger Vertragsparteien kann durch formlosen Abschluß des beabsichtigten Vertrages ganz oder teilweise wieder aufgehoben werden; § 154 Abs. II gibt nichts weiter als eine Vermutung gegen die konkludente Aufhebung des Formzwanges. — Selbständige Geschäfte, die miteinander in einem nicht-rechtlichen Zusammenhange stehen, bleiben von § 139 unberührt, weil sie nicht zusammen ein Rechtsgeschäft bilden.[3]

Ob im Einzelfalle zwischen mehreren Rechtsgeschäften ein rechtlicher Zusammenhang besteht, so daß ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft vorliegt, ist nicht immer leicht festzustellen; oft wird ein tatsächlicher Zusammenhang unstreitig sein, sein rechtlicher Charakter aber von der Partei, welche sich auf die Gültigkeit der Geschäfte stützt, bestritten werden. Entscheidend ist der Parteiwille zur Zeit der Errichtung des Rechtsgeschäfts. Er ist durch Auslegung zu ermitteln. Doch ist zu beachten, daß es sich um den Willen hinsichtlich des rechtlichen Zusammenhanges handelt, nicht etwa um

101) Reichsgerichtsrätekommentar, Anm. 1 zu § 139, S. 216. So ist wohl auch Staub aufzufassen, Anm. 74 a, S. 283, Zeile 22.
2) Eck, Vorträge, Bd. I, § 32, S. 163.
3) Oertmann, Allg. Teil, Erl. 2, e, zu β, § 139, S. 510.

einen Parteiwillen hinsichtlich der Grenze der Formbedürftigkeit. Denn sobald rechtlicher Zusammenhang der Geschäftsbedingungen gewollt ist, ist eine Verfügungsmöglichkeit der Parteien über die Formbeobachtung nicht mehr gegeben — die Wiederaufhebung einer Formvereinbarung ausgenommen. Deshalb darf nicht die äußerliche Zusammensetzung oder Trennung der Geschäftsakte irreführen. Sie ist für den rechtlichen Zusammenhang unmaßgeblich. Dieser kann vorhanden sein, wenn die mehreren Geschäfte getrennt abgefaßt sind; in solchem Falle ist das zusammengesetzte Rechtsgeschäft wirksam, wenn aus den Einzelakten die gegenseitige innere Abhängigkeit der Geschäftsbedingungen ersichtlich ist[4] und jene alle in die nach den obigen Ausführungen erforderliche Form gebracht sind. Fehlt es aber an einer dieser Voraussetzungen, insbesondere der Form, obgleich nachweislich ein rechtlicher Zusammenhang gewollt war, so ist das Gesamtgeschäft trotz der äußerlich selbständigen Fassung seiner Teile gemäß § 139 BGB. nichtig.[5] Erst recht können nicht Bedingungen eines von Natur einheitlichen Rechtsgeschäfts durch äußerliche Abtrennung den Formvorschriften entzogen werden. Wenn gelegentlich von „selbständigen Nebenabreden" die Rede ist,[6] so sind damit nicht Abreden im gewöhnlichen Sinne gemeint, sondern selbständige Neben*geschäfte*. Die Errichtung mehrerer Geschäfte in *einer* Urkunde andererseits begründet zwar eine tatsächliche Vermutung für rechtlichen Zusammenhang; der Gegenbeweis steht indessen offen.[7] — Ein zuverlässiges Kriterium für den rechtlichen Zusammenhang ist auch *nicht* die Feststellung, daß das eine Rechtsgeschäft nicht ohne das andere vorgenommen worden wäre, wie es *Staub* und *Kiehl* annehmen.[8] Kiehl erkennt zwar an, daß es nicht genügt, wenn nur eins der Rechtsgeschäfte nicht ebenso ohne das andere vorgenommen worden wäre; vielmehr müßte *keines* der Rechtsgeschäfte ohne das andere vorgenommen worden sein. Doch auch diese Feststellung reicht nicht unter allen Umständen aus, um einen rechtlichen Zusammenhang für erwiesen zu erachten. Es genügt nicht, daß jedes der Geschäfte *Vor*bedingung für den Abschluß des anderen ist, es muß vielmehr *Geschäftsbedingung* des an-

4) Hierzu vgl. die ausführlichen Bemerkungen bei *Staub*, a. a. O., Anm. 26, S. 253 (letzte Zeile), 254.

5) *Kiehl*, a. a. O., Sp. 90 unten, 91 und 92; *Staub*, a. a. O., Anm. 26, S. 254; *Kiehl* im RGRK., Anm. 2 zu § 305, S. 438.

6) *Staub*, a. a. O., Anm. 6, S. 232.

7) *Staub*, a. a. O., Anm. 18, S. 241; Anm. 26, S. 254. *Kiehl*, a. a. O., Sp. 91 unten, 92, u. RGRK., Anm. 1 zu § 139, S. 217.

8) Staub, a. a. O., Anm. 27, S. 259, und Anm. 39, S. 264, dazu Anm. 74 a, α, S. 284. Kiehl, a. a. O., Sp. 92, 93, und RGRK., Anm. 1 zu § 139, S. 217.

deren sein. Richtig führt Asch aus: „Zur Widererlegung der Vermutung" [der Selbständigkeit zweier äußerlich getrennter Verträge] „reicht nicht einmal die Feststellung aus, daß die Parteien das eine Geschäft nicht ohne das andere geschlossen haben würden; denn es bleibt trotz der Feststellung die Möglichkeit offen, daß die Parteien sich gegenseitig das Vertrauen geschenkt haben, es werde nach dem Abschluß des einen Geschäfts auch das andere zustande kommen."[9] Immerhin bildet aber die genannte Feststellung ein starkes Indiz, denn der von Asch angeführte Fall wird selten vorkommen. Ein untrügliches Zeichen rechtlichen Zusammenhanges ist es jedoch, wenn die Höhe einer Leistung in dem einen Geschäft sich als durch das andere Geschäft beeinflußt erweist.

Sind dagegen die Leistungspflichten der Einzelgeschäfte ihrem Inhalte und Umfange nach voneinander unabhängig, so weist das auf das Vorhandensein selbständiger Geschäfte hin, die keine rechtliche Einheit bilden. Die Rechtsgeschäfte mögen gleichzeitig abgeschlossen sein; sie mögen in wirtschaftlichem Zusammenhange stehen; es mag das Zustandekommen des einen für den Abschluß des anderen ursächlich sein: alles das ergibt nur einen tatsächlichen, nicht aber einen rechtlichen Zusammenhang der mehreren Geschäfte, wenn es an der Abhängigkeit der Geschäftsbedingungen fehlt.[10] Selbständig nebeneinander bestehende Rechtsgeschäfte beeinflussen sich grundsätzlich nicht hinsichtlich des Formbedürfnisses.

Zu untersuchen ist, ob die Verschiedenheit der an Haupt- und Nebengeschäft beteiligten Personen eine Einordnung in die Gruppe der selbständig nebeneinander bestehenden Geschäfte von vornherein — ohne daß es auf einen womöglich vorhandenen rechtlichen Zusammenhang ankommt — rechtfertigt. Nicht ganz klar ist die Stellung Staubs hierzu. Er erklärt zwar zunächst, auch auf die von den Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages mit Dritten abgeschlossenen Vereinbarungen die Dreiteilung in von Natur einheitliche, zusammengesetzte und selbständige Verträge anzuwenden,[11] spricht aber später bei der Behandlung des zusammengesetzten Rechtsgeschäfts stets nur von „Geschäften unter denselben Parteien",[12] so daß es den Anschein hat, als halte er die Parteiengleichheit bei den Teilen doch für ein

9) Asch, Grundstückskauf, § 2, S. 15.
10) Staub, a. a. O., Anm. 27, S. 258; Riehl, a. a. O., Sp. 93, RGRK. Anm. 1 zu § 139, S. 217; Soergel, BGB., § 313, II, 4, S. 478; Asch, Grundstückskauf, § 2, S. 15.
11) Staub, a. a. O., Anm. 27, S. 258.
12) Staub, a. a. O., Anm. 27, S. 259, u. Anm. 39, S. 264.

wesentliches Merkmal des zusammengesetzten Rechtsgeschäfts. Soergel hält „vertragliche Verpflichtungen eines Dritten aus Anlaß einer Grundstücksveräußerung zu einem das Grundstück betreffenden Tun oder Unterlassen und zur Zahlung des Kaufpreises, überhaupt Vereinbarungen einer Vertragspartei mit Dritten oder Vereinbarungen Dritter untereinander" für regelmäßig, aber nicht notwendig formlos gültig.[13] Der letzte Schritt wird von Kiehl im Reichsgerichtsrätekommentar getan; dort wird ausdrücklich erklärt, die Einheitlichkeit eines zusammengesetzten Rechtsgeschäfts werde dadurch nicht ausgeschlossen, daß an den äußerlich mehreren Geschäften nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben.[14] Dieser Standpunkt ist der richtige. Beispiele lassen sich leicht bilden: A, im Begriff, nach Amerika auszuwandern, verkauft sein landwirtschaftliches Grundstück an B. Dieser soll verpflichtet sein, dem alten Vater des A, den A bisher unterhalten hat, eine Leibrente zu gewähren. Der Leibrentenvertrag wird zwischen B und dem Vater des A abgeschlossen, um den Umständlichkeiten einer Rechtsverfolgung vom Auslande aus zu entgehen. Der rechtliche Zusammenhang beider Verträge liegt darin, daß der Kaufpreis dem Leibrentenversprechen entsprechend niedrig festgesetzt ist. Der Leibrentenvertrag zwischen B und A=Vater bedarf folglich auch der Form des Grundstücksveräußerungsvertrags zwischen B und A=Sohn. Freilich ließe sich in Fällen dieser Art der gleiche Erfolg auch durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten nach § 328 BGB. oder durch eine Abtretung erreichen. Es steht aber den Parteien frei, ihr Ziel durch jegliche Verträge ihnen beliebenden Inhalts zu erstreben. — Schuldübernahme und Bürgschaft können mit dem Grundstücksveräußerungsvertrage, durch den die Verpflichtung, auf die sie sich beziehen, begründet wird, nicht ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden; dies weist Kiehl[15] in eingehenden Ausführungen nach.

β) Wurde oben gesagt, daß bei mehreren selbständig nebeneinander bestehenden Geschäften der für das eine geltende Formzwang grundsätzlich nicht auch das andere Rechtsgeschäft ergreift, so wurde damit schon angedeutet, daß ausnahmsweise auch ein Uebergreifen des Formenzwangs über die Grenze des formbedürftigen Geschäfts hinaus auf ein anderes Rechtsgeschäft stattfindet. Es handelt sich um die Bevollmächtigung und

13) Soergel, Komm., § 313, II, 5, S. 479.
14) RGRK., Anm. 2 zu § 305, S. 438.
15) Kiehl, a. a. O., Sp. 93 a. E. bis 95.

um den Vorvertrag zu einem formbedürftigen Rechtsgeschäft. Die eingehende Erörterung dieser Fragen gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit; denn es steht hier nicht mehr zur Untersuchung, wie weit sich allgemein der Formzwang auf die Bestandteile eines Rechtsgeschäfts erstreckt, sondern es geht um die Feststellung, ob zwei bestimmte Rechtsgeschäfte überhaupt gesetzlich an eine Form gebunden sind. Beide Verträge setzen aber eine Beziehung zu einem weiteren — künftigen — Rechtsgeschäft voraus, und ihre Formbedürftigkeit, soweit eine solche besteht, ist aus dem Formerfordernis für das andere Geschäft hergeleitet. Zur Ergänzung der bisher gegebenen Regeln über die Tragweite des Formenzwanges ist es daher geboten, wenigstens die Grundzüge der herrschenden Ansicht über das Uebergreifen des Formerfordernisses für das Grundgeschäft auf Vollmachtserteilung und Vorvertrag kurz vorzutragen.

Für die Erteilung der Vollmacht bestimmt § 167 Abs. II BGB.: „Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht." Die Vollmachtserteilung zum Verkaufe eines Grundstücks wird aber von der herrschenden Meinung dann als der Form des § 313 BGB. bedürftig erachtet, wenn die Vollmacht unwiderruflich gestaltet oder für den Fall ihres Widerrufs eine Vertragsstrafe festgesetzt wird.[16] Wäre die Bevollmächtigung in Fällen dieser Art formfrei, so könnte die Vorschrift des § 313, soweit sie den Grundstückseigentümer mittels des Formalakts zur Ueberlegung anzuhalten bezweckt, leicht umgangen werden. Das wollen die Anhänger der herrschenden Meinung verhüten. Sie verstoßen aber damit gegen den klaren Wortlaut des § 167 Abs. II. Zur Widerlegung dessen wird angeführt, die vorgebliche bloße Vollmachtserteilung enthalte in derartigen Fällen in Wahrheit schon die Veräußerungsverpflichtung. Die §§ 167 II und 313 werden also nicht als gleichgeordnet, sondern dieser als lex specialis gegenüber jenem angesehen. Gewiß kann auch ein Vollmachtsvertrag der Art sein, daß durch ihn „sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen." Die von der herrschenden Meinung angewandte und — so, wie das Gesetz nun einmal besteht — einzig mögliche Art der Auseinandersetzung zwischen § 313 und § 167 wird aber nicht allgemein anerkannt,[17] und Kohler[18] macht

16) Plancks Komm., Erl. 4, b zu § 125; Asch, Grundstückskauf, § 1, S. 13, § 14, S. 63.
17) Siehe Oertmann, Schuldverh., Erl. 2, d. α, zu § 313, S. 139.
18) Kohler, Bürg. Recht, § 57, S. 74.

sich den Zwiespalt zwischen den beiden Vorschriften bei seinem Angriff gegen die Formvorschrift des § 313 zunutze.

Das Wesen des Vorvertrages ist strittig. Dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist der Begriff fremd, jedoch ist er nach dem Grundsatz von der Vertragsfreiheit mit seinen Regeln durchaus vereinbar. Im Schrifttum leugnet Schloßmann[19] das Bestehen des Vorvertrages als besonderen Begriffs. Die weitaus herrschende Meinung erkennt dagegen den Vorvertrag an. Er ist ein Vertrag, der die Verpflichtung zum Abschlusse eines anderen — und zwar obligatorischen — Vertrages begründet. Der schuldrechtliche Vertrag, der auf den Abschluß eines dinglichen Vertrages (Leistungsgeschäfts) gerichtet ist, steht zu diesem nicht in der Beziehung eines Vorvertrages; hier liegen selbständige, sachlich verschiedene Verträge vor.[20] Familien- und erbrechtliche Verträge können wegen ihrer Eigenart nicht durch Vorverträge vorbereitet werden. Innerhalb der herrschenden Meinung, die den Vorvertrag als ein besonderes Gebilde anerkennt, sind die Ansichten über die Wesensart der Verbundenheit des Vorvertrages mit dem Hauptvertrage geteilt. Die einen sehen Vorverpflichtung und Hauptverpflichtung nur als Stadien ein und desselben Schuldverhältnisses an;[21] die Mehrzahl dagegen räumt dem Vorvertrage rechtliche Selbständigkeit gegenüber dem Hauptvertrage ein. Die zweite Ansicht ist die richtige. Es besteht nur ein tatsächlicher Zusammenhang, der in der Aehnlichkeit des Gegenstandes beider Vorträge liegt. Die Besonderheit des Vorvertrages ist lediglich in seinem Inhalt begründet. „Der wesentliche Inhalt der Vorverpflichtung besteht in der Leistungsbereitschaft", heißt es bei Staudinger.[22] Grundsätzlich richtig ist deshalb der Satz, den schon Regelsberger für den Vorvertrag aufgestellt hat: „Die Gültigkeit eines solchen Uebereinkommens beurteilt sich ganz und gar nach den allgemeinen Vertragsgrundsätzen."[23] Nur für den Formenzwang läßt die herrschende Meinung eine Ausnahme von diesem Grundsatze zu, weil sonst unter Umständen der Zweck der Formvorschriften für den Hauptvertrag vereitelt werden würde. Inwieweit der

---

19) Schloßmann, in Jher Jahrb. 45, S. 1 ff.

20) Plancks Komm. Erl. 5, b zu § 125. Staudingers Komm., Einl. z. III. Abschn., 3. Titel, 8, S. 612. Oertmann, Allg. Teil, Erl. 6, b zu § 125, S. 440. Neumann, Handausg. Erl. I, 7, a zu § 125, S. 127.

21) Staudingers Komment., Einl. z. III. Abschn. 3. Titel, 8, S. 611, im Anschluß an W. Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse (1. Teil 1903).

22) Staudingers Komm. Einl. z. III. Abschn., 3. Tit., 8, S. 610.

23) Regelsberger, Vorverhandlg., § 25, S. 129.

gesetzliche Formzwang für den Hauptvertrag auf den Vorvertrag übergreift, wird wiederum von den einzelnen Verfechtern der herrschenden Meinung verschieden formuliert. Planck, Goldmann-Lilienthal und Staudinger[24] — der letzte allerdings vom Standpunkte der Einheit des Vorvertrages und des Hauptvertrags aus — unterwerfen den Vorvertrag ohne Einschränkung der Form des Hauptvertrags; Soergel und K. Friedrichs[25] vertreten die gleiche Ansicht, lassen jedoch den Ververtrag zum langfristigen Miet- oder Pachtvertrage formfrei zu. Das geht zu weit. Richtig ist es, dann für den Vorvertrag die Anwendung der Form des Hauptvertrages zu verlangen, wenn ohne sie die Formvorschrift für den Hauptvertrag umgangen werden könnte, oder wenn das Bestehen eines formfreien Vorvertrages den Zweck der Formvorschrift für den Hauptvertrag gefährden würde. Damit wird der Auffassung von Cosack und Achilles-Greiff[26] beigetreten, wonach sich die Ausdehnung des Formenzwangs auf den Vorvertrag nach Inhalt und Zweck der Formvorschriften bestimmt. Zugleich enthält aber dieser allgemeine Satz auch jenen besonderen, den Warneyer, Stammler, Oertmann und Neumann[27] aufstellen; der Vorvertrag sei formfrei, wenn von der Wahrung der Form des Hauptvertrages nur eine besondere Gestaltung des Schuldverhältnisses, nicht dessen Wirksamkeit überhaupt, abhänge. — Ueberall, wo die Formvorschrift den Schutz einer Partei vor Uebereilung erstrebt, wird der gültige Abschluß eines formfreien Vorvertrages eine Willensbindung hervorrufen, die den Zweck der Formvorschrift gefährdet. Wenn indessen Frei[28] ganz allgemein eine Bindung des Willens für nicht zulässig erachtet, solange die Form nicht vollendet ist, so trifft das nicht zu. Dient z. B. die Formvorschrift lediglich der Publizität des erstrebten Rechtserfolgs, so verstößt eine formfreie Bindung der Parteien an den zukünftigen formrichtigen Abschluß des Vertrages nicht gegen das Gesetz. — In § 15 Abs. IV des Reichsgesetzes betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung schreibt das Gesetz ausdrücklich für einen Vorvertrag dieselbe Form

24) Plancks Komm., Erl. 5 zu § 125. — Goldmann u. Lilienthal, BGB. § 41, VI, 5, S. 169/170. — Staudingers Komm., Einl. z. III. Abschn., 3. Titel, 8, S. 611.

25) Soergel, BGB., Erl. 3 zu § 125, S. 109. — K. Friedrichs, Vertragsrecht, § 5, S. 14.

26) Cosack, Lehrb., I. Bd., § 84, II, 3, S. 199. — Achilles-Greiff, BGB., Vorbem. II, 1 vor § 125, S. 46.

27) Warneyer, Komm., Erl. V zu § 125, S. 202. — Stammler, Schuldverhältnisse, § 3, S. 13. — Oertmann, Allg. Teil, Erl. 6, b zu § 125, S. 44. — Neumann, Handausgabe, Erl. I, 7, b zu § 125, S. 128.

28) Frei, Form der Rechtsgeschäfte, § 6, S. 20, 21.

wie für den Hauptvertrag vor; zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks, einen Spekulationshandel mit Geschäftsanteilen zu verhindern, war dies notwendig.[29] Die Formfreiheit aller übrigen Vorverträge durch Umkehrschluß aus dieser Vorschrift zu schließen, wäre angesichts ihrer Sonderstellung verfehlt. — Beruht der Formzwang für den Hauptvertrag auf Rechtsgeschäft, so ist durch dessen Auslegung zu ermitteln, ob die Formvorschrift auch für den Vorvertrag gelten soll; dies ist auch die allgemeine Meinung.

B.

Nachträgliche Abänderungen eines Rechtsgeschäfts sind hinsichtlich des Formenzwanges grundsätzlich nicht anders zu behandeln als die ursprünglich geschaffenen Bestandteile.[30] Denn sie sind diesen in ihrem Wesen gleich. Auch sie sollen Inhalt des formbedürftigen Rechtsgeschäfts werden und zwar entweder neben dem bisherigen Inhalt (Zusätze) oder an Stelle bisheriger Geschäftspunkte (Abänderungen im engeren Sinne). Der vielfach vertretenen Auffassung, daß jede Abschwächung einer durch das Rechtsgeschäft übernommenen Verbindlichkeit formfrei sei,[31] ist demnach nicht beizupflichten. Nur, wenn durch die nachträgliche Abänderung lediglich Teile des ursprünglichen Geschäftsinhalts aufgehoben werden, ist die Formvorschrift, die nur die Entstehung rechtsgeschäftlichen Inhalts betrifft, nicht anwendbar. Der Kreis solcher Fälle ist aber eng begrenzt. Bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften sind sie ohne weiteres denkbar, wenn eins der Einzelgeschäfte aufgehoben wird. Bei von Natur einheitlichen Rechtsgeschäften stellt dagegen die Aufhebung eines Geschäftspunktes zugleich eine Abänderung des ganzen Inhalts dar, weil ohne diesen Punkt das Rechtsgeschäft ein anderes ist. Wird z. B. bei einem gegenseitigen Vertrage die Vereinbarung, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer fest bestimmten Zeit erfolgen solle, aufgehoben, so erfährt damit der Charakter des ganzen Geschäftes als eines Fixgeschäftes eine Veränderung. Oder wird bei einem gegenseitigen Vertrage eine Nebenverpflichtung der einen Partei aufgehoben, so wird damit zugleich die Gegenleistung der anderen

---

29) Vgl. Ebbecke, Formvorschriften, Sp. 635; Neukamp, G.m.b.H.-Gesetz, Anm. 6 zu § 15, S. 57.

30) Plancks Komm., Erl. 4, d zu § 125. Achilles-Greiff, BGB., Note 2 zu § 125, S. 47. Warneyer, Komm., Erl. III zu § 25, S. 201. Brückner, Vor- und Nebenberedungen, I, 3, S. 343 r. Frei, Form der Rechtsgeschäfte, S. 23. Buck, Nachträgliche Vereinbarungen, Gruch. Beitr. 48, S. 725 unten. RG. 51, 181; 65, 392; RG. Warn. 1911, Nr. 226; Nr. 318.

31) So: Dernburg, Bürg. Recht, I. Bd., § 140, VI, S. 423/424; Soergel, BGB., Erl. 3 zu § 125, S. 109.

Partei, deren Höhe innerlich von jener Nebenverpflichtung mitbestimmt war, abgeändert, nämlich relativ heraufgesetzt. Buck leitet hieraus richtig ab, daß bei gegenseitigen Verträgen nur solche Veränderungen als teilweise Aufhebung aufgefaßt werden dürfen, welche „die Parteirechte und -pflichten für beide Teile gleichmäßig außer Kraft setzen, ohne gleichzeitig neue zu begründen"; ob das auch nur annähernd der Fall ist, ist, wie Buck weiter ausführt, überaus schwierig oder gar überhaupt nicht zu entscheiden. Deshalb seien nur solche nachträgliche Vereinbarungen formlos zuzulassen, in denen ein regelrechter Erlaß zu sehen ist.[32] — Möglich ist, daß für die Aufhebung eine Form durch Gesetz (vgl. im BGB. die §§ 2290 und 2351) oder durch Rechtsgeschäft vorgeschrieben ist, oder daß sich aus der besonderen Art der Rechtsfolgen, die mit der Aufhebung eines Rechtsgeschäfts herbeigeführt werden, ergibt, daß dessen Beseitigung nur in derselben Form geschehen kann wie seine Errichtung (vgl. im BGB. die §§ 873, 925, 1434 i. V. mit 1432). In diesen Fällen leitet sich die Formbedürftigkeit der Teilaufhebung aus dem Formzwange für die Aufhebung her, nicht aus dem für die Errichtung des Rechtsgeschäfts. — Ausnahmsweise sind formfreie Aenderungen da zuzulassen, wo der Zweck der Formvorschrift schon mit der Wahrung der Form bei der ersten Errichtung des Rechtsgeschäfts voll erfüllt ist. Das ist dann der Fall, wenn die Formvorschrift ausschließlich dem Schutze einer Partei dient und die Abänderung entweder der geschützten Partei eine Erleichterung schafft[33] oder einen Geschäftspunkt betrifft, der mit dem, um dessentwillen die Formvorschrift besteht, nicht in innerem Zusammenhange steht. Es ist aber daran festzuhalten, daß beide genannten Voraussetzungen zusammenkommen müssen,[34] und daß es sich um eine Ausnahme von dem Grundsatze handelt. Die Feststellung, daß eine Formvorschrift keinen weiteren Zweck verfolgt als den Schutz einer Partei, wird sich übrigens nicht leicht und nicht oft machen lassen; darauf weist Planck[35] hin. — Abänderungen eines Grundstücksveräußerungsvertrages, die nach der Auflassung des Grundstücks erfolgen, sollen nach einer im Schrifttum und in der Rechtsprechung stellenweise vertretenen Meinung formfrei sein.[36]

32) Buck, Nachträgl. Vereinbarung, Gruch. 48, S. 726/727. So auch Staubs Komm., Anm. 26, b zu § 350, S. 258, Zeile 13; RG. 109, 26.

33) Ebbecke, Formvorschriften, 2, Sp. 636. Vgl. hierzu Plancks Komm., Erl. 4, d zu § 125.

34) Anders: Enneccerus, Lehrb., I, 1, § 145, S. 283; Soergel, BGB., Erl. 3 zu § 125, S. 109.

35) Siehe Fußnote 133.

36) Soergel, BGB. Erl. II, 6 zu § 313, S. 479; Staubs Komm. z. HGB., Anm. 26, b zu § 350, S. 257; Asch, Grundstückskauf, § 1, S. 13; RG. Warn. 1911, Nr. 226.

Das läßt sich nicht damit begründen, daß durch solche nachträglichen Abreden die Veräußerungspflicht nicht berührt werde,[37] denn nicht nur die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung ist nach § 313 BGB. formbedürftig, sondern der ganze Veräußerungsvertrag. Die angeführte Meinung läßt sich aber von dem Gesichtspunkte aus halten, daß nach erfolgter Auflassung die Zwecke der Formvorschrift — Schutz des Verkäufers und Publizität — hinfällig sind, und sie trifft jedenfalls von dem Augenblicke an zu, wo nach der Auflassung auch die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch erfolgt ist;[38] denn durch Auflassung und Eintragung werden auch die Formmängel des ganzen ursprünglichen Vertrags geheilt. — Wird nachträglich in tatsächlichem, aber nicht rechtlichem Zusammenhange mit dem ursprünglichen Rechtsgeschäft ein Nebengeschäft geschaffen, so liegt keine Abänderung vor, weil das neue Rechtsgeschäft selbständig neben dem alten besteht.

III.

Zwei Dinge sind bei der Beantwortung der Frage nach dem Umfange der Formbedürftigkeit unerwähnt geblieben, die beide im Schrifttum eine so bedeutende Stellung einnehmen, daß ihre Außerachtlassung einer Rechtfertigung bedarf:

Es findet sich häufig bei der Behandlung der Bedeutung des Formenzwanges, besonders auch der Frage nach der Gültigkeit formloser Nebenabreden, eine Dreiteilung nach der Seite des Formgebots hin: es wird gesetzlicher Formenzwang, rechtsgeschäftlicher Formenzwang und „bloß tatsächlich angewandte Form“ unterschieden. Der letzte Fall liegt vor, wenn für ein Rechtsgeschäft eine Formvorschrift nicht besteht, dennoch aber eine stärkere Form als die Mündlichkeit angewandt wird. Hier handelt es sich nicht um eine besondere Art des Formenzwanges, sondern es liegt zunächst gar kein Formenzwang vor. Eine Untersuchung wird aber unter Umständen darüber notwendig, ob ein Formenzwang dadurch für das ganze Rechtsgeschäft begründet wird, daß Teile davon freiwillig in eine besondere Form gebracht werden. Es wird hier nicht nach dem Umfange eines Formenzwanges gefragt, sondern danach, ob ein Formenzwang überhaupt besteht oder nicht. Fällt die Antwort bejahend aus, so liegt rechtsgeschäftlicher Formenzwang vor, ohne daß sich für diesen irgendwelche Besonderheiten er-

37) So Staub, a.a.O., RG. Warn. 1911, Nr. 226.
38) So auch Dorst, Notarielle Beurkundung, S. 182; RG. 51, 181.

geben. Uebrigens lassen sich feste Regeln dafür, ob durch die freiwillige Beurkundung eines Teiles eines Rechtsgeschäfts ein Formerfordernis für das ganze Geschäft erzeugt wird, nicht aufstellen; der Parteiwille bei der Errichtung des formellen Geschäftsteils ist maßgebend und muß in jedem einzelnen Falle ermittelt werden. Es besteht lediglich eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Urkunde das Rechtsgeschäft vollständig enthält, so daß die Geltung formloser Geschäftspunkte von dem zu beweisen ist, der sich auf sie beruft (Beweisvermutung).[39]

Eine „Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde“ wird in Schrifttum und Rechtsprechung für jedes Formalgeschäft angenommen, gleichviel, ob die Beurkundung auf Grund gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Formenzwangs notwendig war, oder ob sie „nur tatsächlich“ erfolgte. Es handelt sich hierbei nicht um eine Rechts-, sondern um eine tatsächliche und deshalb widerlegliche Vermutung, die darauf fußt, daß nach den Erfahrungen des Lebens Urkunden über Rechtsgeschäfte deren Inhalt vollständig und so, wie er wirklich gewollt ist (richtig), widergeben. Irgendeine materielle Beeinträchtigung der Wirksamkeit von Geschäftsäußerungen außerhalb der Urkunde, soweit diese gültige Bestandteile des Rechtsgeschäfts sein können, erfolgt durch diese Vermutung nicht. Insbesondere bezieht sich die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit nicht auf den durch rein objektive Deutung festgestellten ersten Inhalt, sondern auf den durch Auslegung ermittelten wahren Inhalt der Urkunde. Denn dieser muß zunächst einmal bekannt sein, damit Gewißheit darüber besteht, ob denn überhaupt der behauptete Geschäftspunkt formlos neben dem beurkundeten Geschäftsinhalt besteht; womöglich ergibt die Auslegung, daß dieser Geschäftspunkt noch in der Urkunde zum Ausdruck kommt und daher von der Form miterfaßt wird. Da zur Auslegung auch Umstände außerhalb der Urkunde heranzuziehen sind, kommt die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde oft überhaupt erst dann zur Anwendung, wenn außerurkundliche Erklärungen zur Ermittlung des richtigen Inhalts der Urkunde verwendet worden sind. Daß die Heranziehung von der Urkunde fremden Faktoren eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Gebot sei, den Inhalt der Urkunde auf Grund der Vermutung der Vollständigkeit aus ihr allein zu entwickeln, wie Titze[40] annimmt, ist mithin nicht richtig. Es bleibt übrig nur

39) Achilles-Greiff, BGB., Vorbem. II, 3 vor § 125, S. 47; Neumann, Handausgabe, Erl. IV, 3 c zu § 125, S. 131; Motive z. BGB., Bd. I, § 91, S. 184.
40) Titze, Mißverständnis, § 10, d, S. 134/135.

eine Bedeutung der Vermutung für die Frage der B e w e i s l a s t. Auch hierfür ist die Vermutung der Vollständigkeit eigentlich überflüssig, weil schon aus den allgemeinen Grundsätzen über die Behauptungs- und Beweislast im Zivilprozeß folgt, daß derjenige, welcher einen Anspruch oder eine selbständige Einrede auf eine Vereinbarung stützt — also auch auf eine solche, die neben dem unstreitigen Inhalt einer Urkunde getroffen worden sein soll —, für diese die Last des Beweises trägt. Unnötig jedenfalls und meines Ermessens sogar unrichtig ist es, in Urteilen, wie es häufig geschieht, bei der Behandlung der materiellen Frage nach der Gültigkeit formloser Nebenabreden von der Vermutung der Vollständigkeit a u s z u g e h e n ; diese Vermutung darf erst dann herangezogen werden, wenn die Beweislast strittig ist und es zu entscheiden gilt, ob eine der Parteien den Beweis fällig geblieben ist. — Nur ein Teil der Schriftsteller mißt der Vermutung der Vollständigkeit eine weitere Bedeutung zu, daß nämlich auf Grund der Vermutung die Behauptungs- und Beweislast sich nicht darauf erstrecke, d a ß formlose Nebenabreden getroffen wurden, sondern auch darauf, w a r u m diese nicht in die Urkunde aufgenommen worden sind.[41] Eine Veranlassung zu dieser Erweiterung liegt nicht vor.[42] Richtig ist nur, daß, wie S t a u b[43] ausführt, bei auffälligen Nebenvereinbarungen der Nachweis, wie es komme, daß die Aufnahme in die Urkunde unterblieben ist, ein Element des Beweises bildet, d a ß die formlose Nebenabrede als Teil des beurkundeten Vertrags getroffen wurde. — Die sogenannte Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit ist eigentlich nur eine Vermutung dafür, daß das b e u r k u n d e t e Geschäft ü b e r h a u p t w i r k s a m ist, sei es so, wie es die objektiv betrachtete Urkunde ergibt, sei es durch formlose Umstände vervollständigt oder berichtigt; bis zum Beweise des Gegenteils ist anzunehmen, daß die Urkunde ein g ü l t i g e s Rechtsgeschäft wiedergibt, und daß nicht die Wirksamkeit des beurkundeten Geschäfts durch außerurkundliche Geschäftspunkte beeinträchtigt wird, die wegen ihres Formmangels die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts herbeiführen.

41) W a r n e y e r, Komm., Erl. III zu § 125, S. 200 (dort sind zahlreiche Reichsgerichtsentscheidungen angegeben); S o e r g e l, BGB., Erl. 4 zu § 125, S. 110.
42) So auch: S t a u d i n g e r s Komm., Erl. I, 5, b, γ zu § 125, S. 522.
43) Staubs Komm. z. HGB., Anm. 72 zu § 350, S. 282.

Lebenslauf.

Am 21. Mai 1904 kam ich zur Welt. Meine Eltern sind der Kaufmann Leo Hoff und seine Ehefrau Margarete. Bei ihnen lebe ich in meiner Geburtsstadt Breslau. Ich besuchte das humanistische König-Wilhelms-Gymnasium, in dessen Vorschule ich Ostern 1910 eintrat, und wo ich am Fastnachtstage 1922 (28. Februar) die Reifeprüfung bestand. Darauf studierte ich an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau und (im Sommersemester 1923) an der Württembergischen Eberhard-Karls-Universität in Tübingen Rechts- und Staatswissenschaften. Am 26., 27. November 1926 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Breslau die Erste juristische Prüfung und wurde darauf zum Referendar ernannt. Ich befinde mich jetzt im juristischen Vorbereitungsdienst bei dem Landgericht in Breslau.

Das Examen rigorosum legte ich vor der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät in Breslau am 17. Januar 1927 ab. **Richard Hoff.**